

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

INFLUENCE
DU
CHANGEMENT DES CIRCONSTANCES

SUR LES
CONTRATS DE DROIT PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

Présentée et soutenue le Lundi 30 Mars 1914 à 3 heures du soir

PAR

Paul ROUBIER

DOCTEUR EN DROIT (SCIENCES JURIDIQUES)

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON (1903, 1904, 1905)

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT DE FRANCE (PRIX, 1905)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1914

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

- THALLER, ✱, I. 🌿, professeur honoraire.
AUDIBERT, ✱, I. 🌿, professeur honoraire.
JOSSERAND, I. 🌿, doyen, professeur de Droit civil.
GARRAUD, I. 🌿, ✱, professeur de Droit criminel, correspondant de l'Institut.
APPLETON (Charles), ✱, I. 🌿, professeur de Droit romain.
COHENDY, O. ✱, I. 🌿, ✱, professeur de Droit commercial.
PIC, I. 🌿, professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), I. 🌿, professeur de Droit administratif.
LAMBERT, A. 🌿, professeur d'Histoire générale du Droit français.
BOUVIER, I. 🌿, professeur de Science financière et de Législation française des finances.
LAMEIRE, I. 🌿, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.
BROUILHET, I. 🌿, professeur d'Économie politique.
HUVELIN, I. 🌿, professeur de Droit romain, assesseur du doyen.
LÉVY, I. 🌿, professeur de Droit civil.
GONNARD, I. 🌿, professeur d'Histoire des Doctrines économiques et d'Économie politique.
BOUVIER-BANGILLON, I. 🌿, professeur de Procédure civile.
PICARD, agrégé, chargé d'un cours de droit civil.
BECQ (J.), I. 🌿, secrétaire.
-

MEMBRES DU JURY

M. P. PIC, <i>professeur</i>	<i>Président</i>
M. L. JOSSERAND, <i>doyen</i>	} <i>Assesseurs</i>
M. E. BOUVIER, <i>professeur</i>	

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

INFLUENCE
DU
CHANGEMENT DES CIRCONSTANCES

SUR LES
CONTRATS DE DROIT PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

Présentée et soutenue le Lundi 30 Mars 1914 à 3 heures du soir

PAR

Paul ROUBIER

DOCTEUR EN DROIT (SCIENCES JURIDIQUES)

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON (1903, 1904, 1905)

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT DE FRANCE (PRIX, 1905)



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1914



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PLAN

BIBLIOGRAPHIE	III
INTRODUCTION	I
I. — L'ANCIENNE DOCTRINE DE LA « CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS »	9
A) <i>Les origines de la doctrine:</i>	
La Glose et les Bartolistes. — Controverse sur divers textes romains. — La réaction de l'école de Grotius. — Développement dans la doctrine et la législation au dix-huitième siècle	9
B) <i>La doctrine développée:</i>	
1. Dans quel actes la clause opère. — Distinction des contrats exécutés et des contrats en cours. — Analyse du contrat successif. — Les contrats unilatéraux et les avant-contrats	26
2. Les circonstances, l'état (<i>res, status</i>). — Opposition du milieu et de l'acte. — Les éléments du droit nécessaire : état des personnes, condition des choses....	34
3. Le fait, le changement. — Rapport avec la faute contractuelle et la force majeure. — Examen des possibilités de prévision au temps du contrat : les présuppositions et la sûreté du commerce	42
4. De quelle manière la clause opère. — Droit de résiliation sans dommages-intérêts. — Rapport avec la doctrine de la condition. — Pouvoir de modération du juge	51
C) <i>Les destinées de la doctrine:</i>	
Les attaques de Weber et la réaction au dix-neuvième siècle. — Jurisprudence et doctrine françaises. — L'arrêt de la Cour de Cassation du 6 mars 1876. — D'une résurrection de la clause dans la jurisprudence italienne à la fin du dix-neuvième siècle	56

II. — LES DOCTRINES MODERNES DU DROIT PUBLIC 75

A) *Le contrat administratif:*

1. Autour du contrat de droit public. Les divers rapports du citoyen et de l'Etat. — Y a-t-il contrat, ou seulement des actes unilatéraux déterminant des situations? Relation des obligations: l'intérêt public est non pas la cause, mais la présupposition nécessaire de tout acte administratif: réaction fondée sur la chute du but 75
2. L'exemple des concessions d'éclairage en droit italien. — Possibilité et étendue véritable d'une concession en monopole de la distribution par canalisations souterraines, d'un mode d'éclairage. — La loi du 7 juin 1894 et le Règlement du 25 octobre 1895 sur la transmission à distance de l'énergie électrique: controverses suscitées sur la portée de ces textes; leur effet sur les contrats antérieurs des communes 87
3. Les garanties contre le fait du prince. — De la garantie du but administratif. — De l'action en indemnité ou en résiliation à raison du trouble apporté aux prévisions contractuelles par l'art réglementaire ... 109

B) *Le traité international:*

1. Oscillations historiques. — L'école du droit naturel et la raison d'Etat des princes. — Les formules éclectiques modernes. — Scepticisme contemporain 118
 2. La doctrine de l'auto-limitation de l'Etat. — L'obligation envers soi-même et les motifs raisonnables. — L'Etat ne peut se lier absolument contre ses fins les plus élevées. — Relations nécessaires des Etats et rapports de la liberté de l'Etat à la réalisation de ses buts. — Valeur comparée de la clause en droit privé et en droit public 125
 3. Doctrine et pratique contemporaine de la clause. — De l'idée d'un droit nécessaire. — Les droits fondamentaux des Etats et le statut de la communauté internationale. — Influence des changements dans l'état de souveraineté (annexions, protectorats) et dans l'ordre de civilisation (pays hors chrétienté, capitulations). — De la chute du but: examen de l'annexion de la Bosnie-Herzégovine par l'Autriche-Hongrie. — Le droit de dénonciation unilatéral et la Déclaration de Londres (17 janvier 1871): examen de la politique franco-allemande au Maroc. — Les garanties comparées du droit public et du droit privé: le changement des circonstances dans le contrat collectif de travail 133
- CONCLUSION 163

BIBLIOGRAPHIE

I. — A la clause *rebus sic stantibus*, en droit public, et surtout en droit international, se réfèrent les monographies suivantes :

- STUART MILL. — *Treaty Obligations*, *Fortnightly Review*, 1^{er} décembre 1870.
- G. JELLINEK. — *Die rechtliche Natur der Staatenverträge (ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts)*, Vienne, 1880 (Hölder, IV-66 p.).
- ROLIN-JAEQUEMYS. — *Archives de droit international*, I, p. 8 et ss. — La question d'Orient (*Rev. de dr. internat. et de législ. comp.*, XIX, 1887, p. 46).
- L. OLIVI. — D'un cas controversé de cessation de la force obligatoire des traités internationaux, *Rev. de dr. intern. et de législ. comp.*, XXIII, 1891, p. 591-610.
- L. LARIVIÈRE. — *Des conséquences des transformations territoriales des Etats sur les traités antérieurs*, Th. Paris, 1892.
- S. KIATIBIAN. — *Conséquences juridiques de la transformation des Etats sur les traités*, Th. Paris, 1892.
- Paul PIC. — Influence de l'établissement d'un protectorat sur les traités antérieurement conclus avec des puissances tierces par l'Etat protégé, *Rev. gén. de dr. intern. public*, III, 1896, p. 613-647.
- A. PILLET. — Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et dans la solution des conflits qu'ils font naître, *Rev. gén. de dr. intern. public*, V, 1898, p. 244, 251.
- A. CAVAGLIERI. — La funzione della clausola *rebus sic stantibus* nei trattati internazionali, *Arch. giur.*, t. 71 (3^e S., 1) 1903, p. 106-141.
- C. CESARINI. — *L'illuminazione pubblica e privata e la nuova legislazione 1894-95 sulla trasmissione a distanza dell'energia elettrica*, Florence, 1903 (droit interne).

- G. PACINOTTI. — *Saggio di studii su i negozi giuridici di diritto pubblico*, Arch. giur., t. 71 (3^e S., I), 1903, p. 185-255 (droit interne).
- J. PERRINJAQUET. — Des annexions déguisées de territoires, *Rev. gén. de dr. intern. public*, XVI, 1909, p. 365.
- J. BLOCISZEWSKI. — L'annexion de la Bosnie et de l'Herzégovine. Etude histor. et jurid., *Rev. gén. de dr. intern. public*, XVII, 1910, p. 442.
- Ant. ROUGIER. — L'occupation de Fez par le gouvernement français, *Rev. gén. de dr. intern. public*, XIX, 1912, p. 652 ss.
- G. SCELLE. — La question du chemin de fer du Gothard, *Rev. gén. de dr. intern. public*, XVIII, 1911, p. 55. — La ratification de la convention du Gothard du 13 octobre 1909, *Rev. gén. de dr. intern. public*, XX, 1913, p. 497-501.

II. — Pour l'histoire générale et le droit privé :

- GIBOULOT. — Note au D. 76. 1. 193 ss.
- LUCHINI. — *Questioni di diritto*, Florence, 1898, p. 442 ss.
- L. PFAFF. — *Die Clausel r. s. s. in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung*. Stuttgart, 1898 (Cotta, 134 p.).
- E. BARSANTI. — *Risolubilità dei contratti a lungo termine pel successivo mutamento dello stato di fatto*, Arch. giur., t. 63 (N. S., IV), 1899, p. 3-36.
- FRITZE. — *Die Clausel r. s. s.*, Archiv für bürgerl. Recht, XXII, 1900, p. 20-49.
- Sur une application incidente aux avant-contrats (C. civ. autr., 910 ; C. civ. all., 610), on consultera la littérature y relative, très abondante, relevée en dernier lieu par L. Coviello, *Dei contratti preliminari nel dir. mod. ital.*, Milan, 1896 ; Paul SCHERLER, § 610 B G B, *Beiträge zur Lehre vom Realvertrag und der clausula r. s. s.*, Diss. Greifswald, 1903 ; G. F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, dans ses *Nuove questioni di dir. civ.*, Turin, I, 1905 ; Et. LEDUC, *Des avant-contrats*, Th. Paris, 1909.

Pour les anciens auteurs, les citations seront données dans l'exposé historique.

INTRODUCTION

Voici qui ne laissera pas que d'étonner le jurisconsulte (1) : la force obligatoire d'un contrat, demande-t-on, peut-elle être atteinte par ce fait que les circonstances qui présidèrent à sa formation ont changé ? Mais le Code civil (art. 1134) répond formellement par la négative : n'est-il pas fatal que les circonstances se modifient et que l'évolution universelle suive son cours ? Or le contrat a eu précisément pour objet de créer un état de sécurité juridique : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Chacune des parties a pris position pour l'avenir et assumé délibérément des risques ; c'est en vain que l'une d'elles se plaindrait maintenant que la spéculation ne lui ait pas été favorable : de cette manière, elle avouerait simplement son incapacité en affaires. On ne peut cependant vouloir établir un contrôle d'opportunité de l'ordre juridique sur toutes les affaires privées (2) ; la loi n'a pas à mettre tous les hommes en tutelle ; c'est à eux à prévoir et à réfléchir : *jura vigilantibus prosunt*. S'il

(1) Comp. R. Demogue, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *Rev. trim. de dr. civ.*, VI, 1907, p. 261.

(2) G. Pacinotti, Saggio di studii su i negozi giuridici di diritto pubblico, *Arch. giur.*, t. 71 (3^e S., I), 1903, p. 201.

leur manque l'expérience pour se représenter les conséquences de leurs actes, ils conservent la ressource de s'adresser aux *prudents*, aux praticiens versés dans le droit ; car leurs actes ont pour but de créer du droit, leur activité autonome s'exerce dans une pensée juridique ; elle vise et elle parvient à déchaîner la puissance de contrainte ; et même là où le droit strict des cadres légaux est proclamé, on se trouve toujours en présence d'une volonté qui peut, sinon conformer arbitrairement les effets de droit, au moins faire naître et disparaître le rapport juridique à sa guise : c'est à elle qu'on s'en remet de dire le mot magique qui éveillera l'esprit (3). Ainsi l'homme est libre par rapport au droit, c'est lui qui a créé le droit, et tous les jours il peut trouver dans le commerce de nouvelles formes susceptibles d'une reconnaissance juridique, et le droit donnera sa sanction parce que l'homme le veut. Dans cette intention juridique, dans cette volonté de droit, se trouve enveloppée la pensée de sécurité nécessaire aux relations ; l'individualisation n'en peut être laissée dès lors à l'arbitraire ; l'examen du juge s'arrêtera à la *cause*, c'est-à-dire au but générique de la convention qui ressort immuablement de l'opération à laquelle il se rattache, et qui s'exprime, en général, dans son *nomen juris*. Mais toutes ces circonstances de fait, tous ces motifs qui contribuèrent à créer la décision, la doctrine de la volonté (Willenstheorie) les ignore, parce que leur recherche, sans limitation possible, serait une menace sans fin pour le commerce juridique.

(3) Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, p. 258, n. 220.

En droit public, ces mêmes principes, en hommage à la volonté souveraine, devaient conduire à faire reposer le droit sur les conventions et les traités ; et telle fut bien la première direction donnée à l'origine des recherches, sous l'influence puissante du droit romain, fort de son développement séculaire et de ce caractère universel qui lui conférait une si haute autorité (4) ; et l'école de Grotius, qui, la première, fit une tentative notable pour donner une couleur juridique aux rapports des Etats, s'efforça d'accentuer encore ce caractère et de discerner les principes de droit naturel, ces principes éternels et immuables, qui domineraient toutes les relations sociales, publiques ou privées. Force fut bien cependant de reconnaître que ce « pastiche » de la doctrine classique du contrat ne pouvait conduire ici qu'à des fictions et au désaccord le plus aigu avec la politique pratique : c'est que son principe directeur, la pensée de sécurité juridique, qui est à sa base, ne pouvait se réaliser. L'Etat est le maître de la contrainte, et cela seul implique une différence de sanction entre le droit public et le droit privé, qui serait même, pour toute une école de jurisconsultes, la seule réelle entre ces deux grandes disciplines (5) ; ce n'est pas sans doute que l'ingéniosité des jurisconsultes, soutenus par l'opinion, ne soit parvenue à arracher des concessions aux gouvernants, et à obtenir une organisation de la chose publique fonctionnant selon la justice. Cependant la

(4) A. Cavaglieri, La funzione della clausola « rebus sic stantibus » nei trattati internazionali, *Arch. giur.*, t. 71 (3^e S., I), 1903, p. 107.

(5) L. Duguît, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, 1911, p. 44 s.

lutte pour le droit n'est pas close, et cette autorité « qui n'a pas besoin d'avoir raison » manifeste encore, parfois brutalement, sa répugnance à laisser enchaîner sa puissance dans des liens définis : d'une part, le droit interne souffre d'un excès de la puissance de contrainte, qui peut étouffer sa voix au mépris de sa mission civilisatrice ; et, d'autre part, le droit international est gravement atteint par la faiblesse inverse, car dépourvu du secours actif d'une force supérieure, il ne peut davantage parvenir complètement à ses fins. Par abus de sa force, l'Etat manque à sa parole, et le droit reste impuissant.

Cependant certains jurisconsultes tentent de sauver la face des choses en arguant d'une véritable différence de nature entre le droit privé et le droit public : c'est à tort qu'on veut représenter l'Etat seulement comme un moyen donné aux particuliers pour réaliser leurs fins ; la mission de l'Etat n'est pas seulement de veiller au bien particulier, il est représentant de l'intérêt général, et on concèdera que l'intérêt général est autre chose que la somme des intérêts particuliers. Pour réaliser ses fins propres, la puissance publique ne peut être assimilée à un simple citoyen et enchaînée dans les liens d'un contrat ; il faut à la volonté publique une supériorité d'énergie sur tous les intérêts en opposition, l'intérêt voulu devant comme intérêt public nécessairement prévaloir. Ceci n'est pas un retour à l'ancien régime de la police (*Po-lizeistaat*), où le Prince était exclusivement préoccupé de la force et de la grandeur de la chose publique qu'il incarnait ; les intérêts privés ont trouvé leur protection contre l'arbitraire : le régime du droit (*Rechts-*

staat) a eu pour effet de contenir l'action administrative dans les voies juridiques fixées ; autour de la déclaration d'intérêt public sont donc organisés des contrôles et des garanties pour que l'Etat se conforme à son but. Mais le droit n'embrasse pas le tout de l'Etat, et il ne suffit pas à celui-ci de donner une garantie négative contre l'arbitraire, car il est encore un état de civilisation (*Kulturstaat*), donnant par là garantie positive de bon gouvernement et assumant des obligations envers les citoyens. Depuis la conciliation survenue entre la souveraineté et le droit, l'Etat défenseur de l'intérêt collectif représente des garanties suffisantes, et peut poursuivre sa marche vers le bien commun, vers un but positif de progrès ; on comprend dès lors que, dans le changement des circonstances, la volonté publique ne saurait être entravée, et du moment que l'intérêt public sera déplacé, elle reprendra liberté pour réaliser l'utilité générale (6) : il y a donc une cause d'extinction spéciale pour l'acte juridique de droit public, lorsqu'il entre en conflit avec les buts de l'Etat plus élevés (7).

Ainsi le droit public peut être envisagé comme un statut très discipliné, car il tire toutes ses règles de la nécessité ; et ce serait, au contraire, le droit privé qui serait le domaine de la liberté arbitraire : car tout ce *contractualisme* qu'il place à son départ, sous sa fausse apparence de liberté, serait, en réalité, instrument d'invincible servitude (8). On s'explique ainsi le

(6) G. Pacinotti, *loc. cit.*, p. 236 ss.

(7) G. Jellinek, *die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Vienne, 1880, p. 62 s.

(8) G. Pacinotti, *loc. cit.*, p. 193.

dédain des publicistes pour ces vieux apports du droit privé, maintenus par la force d'inertie traditionnelle, et leur souhait que la libre recherche scientifique en ait bientôt raison (9). Ce dédain est justifié, mais parce que le droit privé ne fut représenté ici que par les conceptions du droit naturel : au-dessus des contingences économiques, cette école avait voulu édifier, comme un monument de sécurité et de force, le principe de la convention-loi ; et cependant ni les conventions, ni d'ailleurs les lois, ne peuvent résister éternellement au changement des circonstances (10). Et voici qu'aujourd'hui on reproche, même en droit privé, à la technique classique, d'avoir pris le moyen pour le but, séparé le droit de la vie, méconnu les pensées pratiques et les réalités du commerce humain, en un mot d'être « étroite, artificielle et grossière » (11). Ainsi un courant d'opinion puissant s'est formé pour limiter l'arbitraire et le caprice de la volonté humaine, et pour définir toute institution juridique selon son but et ses fins propres. Donc si la réaction s'est produite plus tôt en droit public, soit parce qu'en fait l'insuffisance des sanctions aboutissait à faire du principe une pure fiction, soit même parce qu'en droit la discipline spéciale de l'intérêt public n'en permet

(9) A. Cavaglieri, *loc. cit.*, p. 106.

(10) Au sujet de l'abrogation des lois par la désuétude, v. cep. les craintes formulées par F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 343, 358. — On trouvera un résumé de la doctrine et une opinion favorable à ce mode d'abrogation dans L. Valette, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel*, Th. (Lyon) Paris, 1908, p. 198 ss.

(11) L. Jossierand, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 33. V. aussi mon *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Th. (Lyon), Paris, 1911, p. 172 s., 272 ss.

pas le sacrifice à des buts moins élevés, elle a gagné aussi le droit privé, dont l'absolutisme du contrat n'est nullement la base nécessaire ; il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux conceptions qui précédèrent la révolution individualiste et notamment à l'ancienne doctrine, tout à fait générale, de la clause *rebus sic stantibus*.

I

L'ANCIENNE DOCTRINE DE LA « CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS ».

A). — LES ORIGINES DE LA DOCTRINE.

La doctrine ne commence guère à se dégager qu'avec les postglossateurs, et il faut attendre encore assez longtemps pour trouver une construction achevée. L'origine d'une conception aussi vaste est curieuse : c'est sur un développement très éloigné de la Glose que Bartole jette l'idée dans la circulation, en donnant, selon la tendance générale de ses écrits, une application pratique très appropriée à ces quelques mots de la Glose qui prirent ainsi la figure d'une formule juridique à effet. Le texte commenté est un fragment de *Neratius* (D., XII, 4, de cond. c.d.c.n.s., 8), touchant la possibilité de répéter la dot quand le mariage a été conclu entre deux personnes dont l'une n'a pas l'âge requis ; il faut l'entendre en ce sens que, tant que le même état de mariage subsiste, la répétition ne peut avoir lieu ; ce qui est donné en effet pour cette cause étant donné dans le but de parvenir en dot, tant que ce but peut être atteint (*quamdiu pervenire*

potest), la répétition n'en est pas admise. C'est dans les mots : *quamdiu pervenire potest*, que l'interprète doit chercher tout le sel de la décision, et voici ce que dit la Glose : on ne doit pas user d'une interprétation extensive, autrement même après répudiation la répétition ne serait pas encore possible ; il faut donc l'entendre de l'état de choses présent, du mariage actuel, les choses restant les mêmes (*rebus sic se habentibus*). Bartole revient avec force sur cette interprétation ; ce membre de phrase : tant que le mariage peut être contracté, doit s'entendre du même mariage, et c'est ce que la Glose veut dire en demandant de l'interpréter *rebus sic se habentibus*. Et, sans transition, il fait aussitôt de cette même règle une application originale aux renonciations : *Quod tene menti : quia quando quis renunciat in aliqua re omni juri, quod habet vel habere potest vel posset : oportet enim intelligi rebus sic se habentibus, h. e. ex aliquo jure, quod est de præsenti re vel spe* (1). Pour qui sait quelle place les renonciations prirent à cette époque dans la pratique, souvent renforcées par le serment, il ne peut être surprenant que cette doctrine ait été aussi bien accueillie par les successeurs de Bartole, et bien naturellement étendue par eux au serment

(1) Bartole, de Sassoferrato (1314-1357), *in sec. partem Dig. vet.*, éd. Bâle 1588, p. 131. — L. Pfaff, *die Clausel r. s. s. in der Doktrin und der österr. Ges.*, Stuttgart, 1898, p. 8, rapporte des passages de *Loci communes* ou de *Consilia* postérieurs, d'où il ressort que la doctrine se limita d'abord naturellement aux renonciations (*clausula r. s. s. intelligitur, quando quis renunciat omni juri, quod habet vel habere potest in aliqua re*).

lui-même : on la voit progresser sans cesse, de Balde (2) à Jason de Mayno (3).

Mais il y avait mieux encore dans le Digeste, et les auteurs postérieurs sauront en tirer parti : la formule technique elle-même se retrouve dans un fragment d'Africain (D., XLVI, 3, de solut. et liberat., 38), tout au moins sous la forme d'un de ses nombreux synonymes. L'espèce envisagée est celle d'un *adjectus solutionis gratia* qui subit une *capitis deminutio* après la stipulation, puis néanmoins reçoit le paiement ; le jurisconsulte est d'avis que le paiement est nul, car l'*adjectus*, pour pouvoir recevoir le paiement, doit être resté dans le même état (*in eodem statu*) qu'au temps de la stipulation ; celle-ci semble bien, en effet, contenir cette convention tacite : si les circonstances restent les mêmes (*tacite enim inesse hæc conventio stipulationi videtur* : « *si in eadem causa maneat* »). A la vérité, ce texte n'est pas passé inaperçu, ni des Glossateurs, ni de Bartole ; mais tout leur effort est tendu à le concilier avec un autre texte de Julien (D., XLV, 1, de verb. oblig., 56,2), selon lequel la circonstance que le fils de famille constitué comme *adjectus* est émancipé, n'empêche pas que le débiteur ne puisse se libérer efficacement entre ses mains. La conciliation tentée est d'ailleurs encore imparfaite ;

(2) Balde (1327-1406), *Lectura super sec. parte Dig. vet.*, éd. 1518, p. 59, qui l'applique déjà à toutes les promesses (*sic et promissiones intelliguntur rebus sic se habentibus*).

(3) Jason de Mayno (1435-1519), *In primam Dig. vet. part. comment.*, éd. Lyon 1582, fol. 140, 8-10, qui sous-entend la clause encore dans les dispositions de dernière volonté, dans les lois, etc...

dès cette époque, on a bien vu que par la *capitis diminutio*, la condition de l'*adjectus* est devenue pire, tandis que par l'émancipation elle devient meilleure ; mais il faut attendre longtemps pour qu'on reconnaisse très nettement que tout l'intérêt de la distinction réside dans le droit de poursuite du créancier et la facilité du recouvrement (4). En tous cas, on ne voit pas que l'énoncé littéral de la clause à cette place du Digeste ait profité dès le début à l'élaboration de la nouvelle doctrine. A. Tiraqueau (5), dans sa coutumière abondance de citations et d'autorités, nous rapporte que Balde l'utilisa. Dès lors, ce texte sera toujours plus fréquemment invoqué, et le plus souvent en premier rang ; on s'explique alors que certains jurisconsultes modernes l'aient rapporté comme le fondement de tout le système, non sans s'étonner qu'on ait pu édifier sur une base aussi grêle une construction vraiment disproportionnée (6).

Mais cependant beaucoup d'autres textes furent in-

(4) L. Pfaff (op. cit., p. 6) remarque justement que si, dans son commentaire de la loi d'Africain (*in sec. partem Dig. novi comment.*, éd. Bâle, 1588, p. 252), Bartole avait reconnu ce critère, il ne se serait pas arrêté longtemps sur le point de savoir si le paiement peut encore être reçu valablement par un *adjectus* entré dans les ordres ; des scrupules lui viennent parce qu'on peut affirmer que *respectu sui* la condition du moine est devenue meilleure. Il n'y avait lieu d'envisager cette condition que *respectu creditoris*.

(5) A. Tiraqueau (1480-1558), *Comment. in Leg. Si unquam* (8) C. de revoc. don. (éd. Francfort, 1574, VI), Præfatio, n. 167, qui étend la clause « *in omnibus actibus et dispositionibus* » ; v. déjà aux n. 133 et 166 des applications aux renonciations générales et serments.

(6) V. les citations de Koch (*das Recht der Forderungen*, II, Breslau, 1840, § 137, p. 460), et Förster-Eccius (*Theorie und Praxis des heut. gem. preuss. Privatr.*, 6^e éd., I, p. 500 s.) dans L. Pfaff, op. cit., p. 1

voqués, à tel point qu'on est en droit de se demander si les jurisconsultes romains, même en dehors des solutions positives d'espèce, n'ont pas aperçu aussi la pensée générale qui s'exprima dans la doctrine de la clause, à savoir que le contrat exige pour survivre la persistance de cet état qui présida à sa formation. On trouve, en effet, en ce sens, un texte de Marcellus (D. XLV, 1, de verb. oblig., 98, pr.), traitant de ces sortes de stipulations conditionnelles qui deviennent inutiles par la vérification pendant la période de suspens d'une cause lucrative, ou pour toute autre raison qui fait advenir au stipulant l'objet de la stipulation ; elles sont donc aussitôt éteintes, « *et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quæ recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere* ». Ce texte, il est vrai, paraît directement contredit par deux fragments de Paul, l'un au D., XLV, 1, de verb. obl., 140, 2 : « *Etsi placeat extinguere obligationem si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen in omnibus hoc verum est* » ; et l'autre au D., L, 17, de reg. jur. ant., 85, 1 : « *Non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt* ». Un effort d'exégèse considérable a été fourni sur ces textes au cours des âges, sans qu'on puisse affirmer avoir abouti à un résultat au-dessus de toute discussion. Les uns, comme H. Doneau (7), s'efforcent d'établir une distinction rationnelle en groupant les hypothèses selon le degré de perfection ou plutôt de consommation du

(7) H. Doneau (1527-1591), *Commentarii de jure civ., ad. tit. de verb. obl., 140, 2.*

contrat : pour les contrats parfaitement exécutés et qui ont réalisé leur fin, aucun événement postérieur ne peut les faire rescinder ; telle est l'espèce envisagée par Paul dans le fragment 140, 2, de verb. obl., qui se réfère à la constitution d'une servitude, laquelle commence aussitôt à exister (*hæc autem statim incipit postquam constituta est*). Pour les contrats imparfaits, ou plutôt les contrats qui n'ont pas encore atteint complètement leur effet et leur but, dans lesquels il y a toujours « *aliquid futuri* », il faudrait de nouveau distinguer : d'une part, les faits postérieurs qui empêchent absolument que l'acte juridique réalise ses fins, et telle serait l'hypothèse visée par Marcellus ; d'autre part, ces événements qui ne dressent pas un obstacle infranchissable à l'accomplissement et à la perfection du contrat, et du fragment de Paul, au titre *de regulis juris* (85, 1), on pourrait argumenter cette construction de l'espèce. D'autres auteurs postérieurs établiront une distinction assez analogue entre les diverses circonstances qui présidèrent à la formation du contrat, les unes étant essentielles seulement à la constitution de l'acte, d'autres encore à la continuation de ses effets. Cette doctrine est sans doute défendable, mais peut-on affirmer qu'elle préside aux décisions des sources ? On discute même dans quel sens doit être établie la règle, en faveur de l'inefficacité ou du maintien, et si on n'apercevrait pas dans les fragments les traces d'une controverse. Il semble bien, à la lecture des textes, que la thèse générale est celle de Marcellus (8), en raison du ca-

(8) Averani (+1738), *Interpretationes juris*, l. 4, ch. 24 ss., rapportant le témoignage de Théophile, selon lequel cette

ractère dérogatoire que Paul paraît attacher à ses opinions (*non tamen hoc in omnibus verum est, non est novum ut...*) (9). Mais il ne manque pas d'inter-

règle n'aurait été reçues qu'avec peine (*ægre*) par les anciens. M. Barsanti (*Risolubilità dei contratti a lungo termine pel successivo mutamento dello stato di fatto*, Arch. giur., t. 63 (N. S. 4), 1899, p. 14 ss., s'efforce de l'élever à l'état de principe de droit strict, auquel l'équité aurait parfois demandé des dérogations, selon la vieille règle d'interprétation des actes *potius ut valeant* ; et tel serait bien le cas pour le fr. 85, 1, de reg. jur., qui concerne selon lui un cas de droit dotal, donc un cas où l'intérêt de la chose publique est engagé et qui mérite ainsi la faveur du jurisconsulte. Il conjecture ingénieusement, en effet, que le fragment 85 doit être pris dans son ensemble, sans séparer les paragraphes (*In ambiguis pro dotibus respondere melius est. Non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. Quotiens æquitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, iustis decretis res temperanda est*) ; il y a un lien logique entre ces trois périodes dont le développement est donné dans la const. 25 au Code, IV, 29, ad. S. C. Vell., avec laquelle l'auteur s'efforce d'établir la connexion des idées et l'identité des règles.

(9) Les textes les plus nets de part et d'autre se rencontrent, non en matière de contrats, mais de legs. La doctrine de la clause, étendue aux dispositions de dernière volonté, a fréquemment invoqué le fragment de Marcien (D., XXXIV, 8, de *his quæ pro non scriptis habentur*, 3, 2), qui envisage le cas d'un legs fait à l'esclave d'autrui : le legs est valable ; mais si postérieurement l'esclave est racheté par le testateur, le legs est regardé comme éteint parce qu'*ab initio* on ne peut léguer à son propre esclave ; « *nam quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur* ». Mais les Institutes (II, 20, de leg., 14) déclarent non moins nettement en sens inverse, en s'appuyant sur Papien : « *non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum si in eam causam pervenerit, a qua incipere non potest* ». Cette fois, il s'agit d'un débiteur qui lègue à son créancier ce qu'il lui doit à terme ou sous condition ; et cependant, quoique du vivant du testateur le terme arrive ou la condition se réalise et qu'ainsi *ab initio* le legs dans ces conditions aurait été inutile, en est d'avis qu'il continue de tenir. Doneau donne la raison de droit de cette différence : c'est que, même après l'abandon du legs, on ne peut encore donner à son esclave, tandis que dans l'espèce des *Institutes*,

prêtes qui voient dans toutes ces décisions autant de décisions d'espèce, fondées à la manière romaine sur des considérations d'utilité pratique spéciales, et dès lors ne pouvant pas ne pas être divergentes.

Quoiqu'il en soit, l'idée une fois lancée ne pouvait manquer de progresser rapidement dans cette atmosphère de l'ancien droit où le fondement du commerce juridique était « l'équité et non pas la liberté » (10). Les continuateurs italiens de l'école de Bartole accentuent toujours la direction initiale ; Jac. Menochius (11) insiste encore sur la relativité des renonciations et des serments ; Fr. Mantica (12) développe déjà la question d'une manière plus ample, s'appuyant sur de très nombreuses autorités ; pour lui c'est une règle bonne et juste (*est regula quæ ex bono etiam et æquo descendit*) que le contrat doit être entendu *rebus in eodem statu manentibus* ; quelque générale qu'elle soit, une convention ne peut être étendue *ad casus incognitos et inopinatos* ; on a ainsi un moyen de remédier à une lésion *ex post facto*, due au changement des temps, pour ces contrats qui ont

le fait nouveau n'empêche pas, bien au contraire, le légataire de parvenir à la chose léguée. M. Barsanti (loc. cit., p. 14) y ajoute « ces hautes raisons d'équité » qui conseillaient le respect des dispositions testamentaires, et qui aboutirent notamment à y faire tenir pour non écrites les conditions impossibles ou immorales ; le texte de Marcien confirmerait, au contraire, le pur principe de droit, à savoir la résolubilité pour un obstacle à la formation du rapport.

(10) Meynial, Quelques notes sur l'histoire de la rescision pour lésion dans les contrats entre majeurs au moyen âge. La Glose, les Glossateurs et les Bartolistes, dans les *Studi di dir. in on. di V. Scialoja*, Milan, 1904, II, p. 340.

(11) J. Menochius (+1607), Cons. 27, n. 48 ; 378, n. 40.

(12) F. Mantica (+1614), *De tacitis et ambiguis*, II, 4, 95 ; III, 15, 25.

un caractère successif. La doctrine, devenue tout à fait générale, reçoit à son tour ces limitations indispensables qui achèvent de lui donner un caractère de principe bien établi : la clause ne peut sortir effet que dans ces cas que les parties n'ont pu prévoir au temps du contrat ; on lui refusera toute application là où il a été *cogitatum de jure futuro* ; il ne faut pas cependant qu'on puisse renverser trop facilement les contrats qui, dans le principe, sont actes de volonté, et, une fois parfaits, doivent être observés. Le cardinal de Luca, après avoir rappelé que la lésion n'est pas une cause de rescision absolument générale du contrat, établit, avec une grande netteté, une distinction entre les contrats parfaits et consommés, qui ne peuvent être touchés par un changement postérieur, et les contrats qui ont un caractère successif et qui obligent à des prestations continuées ; dans de tels contrats, les altérations du temps peuvent produire de graves iniquités par le défaut de correspondance des prestations, et il rentre dans les pouvoirs du juge de corriger ces résultats. « *Attamen id procedere dicebatur in iis conventionibus quæ unica vice seu actu terminantur; secus autem in his habentibus tractum successivum et perpetuum, quia tractu temporis rerum status ita immutatur, quod antica conventio, attento tempore præsentis satis injusta et iniqua efficiatur, intrat judicis officium, pro illa ad justitiam et æquitatem reducenda, ut bene nata* » (13).

(13) De Luca (+1683), de Regalibus, disc. 73, n. 5 ; v. aussi disc. 42, n. 10 ; 75, n. 10 ; 156, n. 13. Nombreuses applications : de Emphyteusi, disc. 54, n. 5 ; 69, n. 11 ; de Cambio, 1, n. 24 ; de Cens., 32, n. 7 ; de Dote, 196, n. 12 ; de Donat., 54,

Il ne semble pas que l'école nouvelle, qui opposa sa méthode à celle des Bartolistes ait abandonné sur le fond cette manière de voir ; et telle semble bien être la direction donnée par les initiateurs, comme A. Alciat (14) ; et sans doute la méthode historique ne pouvait conduire ses adeptes à méconnaître la force d'évolution du droit et le caractère relatif des situations économiques. Au contraire, l'école du droit naturel, appliquée à d'autres desseins, perd absolument de vue les nécessités de l'histoire qu'elle veut faire taire devant le respect de la volonté humaine, base primordiale de la sécurité des relations. Dès son fondateur, Hugues Grotius, elle se met en contradiction avec la tendance de toute son époque, au moins sur la définition du principe et de l'exception : « On se demande ici encore, dit Grotius (15), si les promesses renferment par elles-mêmes cette condition tacite, que les choses demeurent dans l'état où elles sont (*si res maneant quo sunt loco*). Pour moi, je dis que non (*quod negandum est*) ; à moins qu'il ne soit de la dernière évidence (*nisi apertissime pateat*) que cette

n. 9 ; de Fidejussionibus, 214, n. 3. V. encore d'autres citations de l'ancienne doctrine italienne (Graziano, Surdo, Natta, Venenti) dans Barsanti, loc. cit., p. 20 s.

(14) A. Alciat (1492-1550), *Tract. de præsumptionibus* ; reg. II, praes. 16, n. 4, 5 : selon lui le traitement des contrats obéit en principe à cette règle qu'on est présumé demeurer dans la volonté originaire et qu'il n'est pas permis de changer de volonté ; mais cette règle comporte un certain nombre d'exceptions, et notamment la survenance de quelque cause non considérée, à laquelle vraisemblablement les parties n'ont nullement songé (*quando superveniret aliqua causa inconsiderata, de qua a partibus nihil verisimiliter esset agitatum*). V. encore Favre, Cod., I, 4, l. 26, 5 ; Averani, cité supra.

(15) H. Grotius (1583-1645), *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), (trad. Barbeyrac, Amsterdam, 1729, tome I, p. 582), II, c. 16, § 25, 2.

raison, dont nous avons parlé, qui seule a pleinement et efficacement déterminé à s'engager (16), a une liaison nécessaire avec l'état des choses ». Sans doute, si on avance dans la lecture de son ouvrage, on s'aperçoit qu'il ne méconnaît pas les exigences de l'équité ; ainsi dit-il que « si l'on a promis du secours à un allié, et que dans le temps qu'il le demande, on ait à craindre chez soi quelque irruption, on sera dispensé de fournir des troupes à cet allié, tant qu'on en a besoin pour sa propre défense. De même l'exemption de charges et d'impôts accordée à quelqu'un doit être entendue des impositions ordinaires et annuelles, mais non pas de celles que demande une nécessité extraordinaire, ou un besoin pressant qui fait que l'Etat ne peut s'en passer » (17). Toutefois, il trouve trop vague et trop générale cette maxime de Cicéron, qu'on est dispensé de tenir sa parole quand la promesse est préjudiciable à celui à qui on l'a faite, ou si elle lui est moins avantageuse que nuisible à soi-même (18) ; parce que ce n'est pas au promettant, en règle générale, à se faire juge du point de savoir si le stipulant retire un bénéfice de la promesse ; et qu'on ne peut admettre que toute sorte de préjudice qui peut résulter pour le promettant de l'exécution de ses engage-

(16) Grotius se réfère ici au § 23 du même chapitre (loc. cit., p. 581), où il nous dit « que quand le motif qui seul a pleinement et efficacement déterminé à promettre, se trouve exprimé dans la promesse, ou qu'on en est assuré d'ailleurs, tout ce qui est contenu dans les termes de la promesse n'est pas considéré purement et simplement en lui-même, mais en tant qu'il se rapporte à ce motif ».

(17) Op. cit., II, c. 16, § 27, 1.

(18) Cicéron, *de officiis*, lib. I, c. X : *nec promissa igitur servanda sunt ea, quæ sint iis, quibus promiseris, inutilia : nec, si plus tibi noceant, quam illi prosint, cui promiseris.*

ments le dispense de les tenir. Mais, après cette réserve de principe, il approuve les exemples donnés par Cicéron ; et on ne voit même pas qu'il limite davantage la portée de cette phrase de Sénèque, que les défenseurs les plus zélés de la doctrine de la clause placent en tête de leurs dissertations : *omnia esse debent eadem, quæ fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneas* (19). Il sera donc aisé de mettre plus tard Grotius en contradiction avec lui-même, et cependant l'impression produite par sa déclaration de principe n'en sera pas atténuée. Ses premiers disciples paraphrasent, en l'amplifiant, le nouveau point de vue ; S. de Pufendorf reprend littéralement la proposition hostile à la clause, en y ajoutant encore : « *nam cum hæc conditio sit odiosa, utpote irritum reddens promissum, non facile est præsumenda, ubi non fuerit addita* » (20).

Les attaques de la nouvelle école n'ont pas encore ébranlé fortement les croyances traditionnelles des juristes (21), et même la doctrine dominante avance encore ses positions. A la fin du dix-septième siècle, on trouve une monographie complète sur la clause

(19) Sénèque, *de beneficiis*, lib. IV, c. 35.

(20) Pufendorf (1632-1694), *de jure nat. et gent.*, lib. 5, c. 12, § 20 (1672).

(21) V. par ex. Aug. Barbosa (+1649), dans son *Thes. loc. comm. jurispr.*, 3^e éd., Leipzig, 1697, XIV, c. I, ax. 12 : « *Pacta intelliguntur rebus ita stantibus..., mutato rerum statu mutantur etiam observatio pactorum* » ; J. Brunnemann (+1672), *Comment. in leg. Pand.*, (1670) 3^e éd. Francfort, 1683, qui s'appuie sur la loi 38 de sol., et l'étend aux mandats, constitutions de dot (*nota etiam, clausulam r. s. s. in omnibus contractibus subintelligendam*). V. encore d'autres citations (de Brüsselius, Wernher, etc...) dans Pfaff, op. cit., p. 15 s.

de Henri de Cocceji (22), qui en fait un principe juridique de l'ordre le plus général, et recherche son influence bien au-delà des contrats du droit civil, jusque dans le droit public, canonique, féodal, international, pénal, procédural ; sans doute l'auteur ne lui donne pas partout le même rôle, et lui dénie même parfois toute portée ; mais une systématisation aussi étendue de la doctrine représente un point important de son histoire. Un peu plus tard, au début du dix-huitième siècle, chez A. de Leyser (23), la construction, plus nette et plus limitée, est défendue avec un très vif succès : *omne pactum, omnis promissio rebus sic stantibus intelligenda est* ; c'est ce que disaient déjà Cicéron et Sénèque, c'est ce que n'a pu nier absolument Grotius ; c'est ce que réclament le droit naturel et l'équité, comme les sources civiles en vigueur (24). Aucun auteur n'a plus contribué à faire passer la règle dans la pratique judiciaire ; plus tard, il est vrai, il atténuera son exposé : sans abandonner le principe auquel, dit-il, il reste attaché pour toujours, il conseillera au juge d'user de son pouvoir d'appréciation et de ne pas tenir pour suffisant le premier changement quelconque ; « *prudentia hic*

(22) H. de Cocceji (+1719), *Disp. XV, de clausula r. s. s.* (1699), in *Exercit. curiosarum Palatarum, Trajectinarum et Viadrinarum*, Lemgovia, 1722, II, p. 286 ss.

(23) Aug. de Leyser, *Med. ad Pand.* (1717) ; spec. 40 (L. 2, t. 14, *de pactis invalidis*) ; et spec. 520 (L. 45, t. I, *de tac. cond. r. s. s.*).

(24) Ces deux points sont successivement étudiés dans les deux chapitres de l'*Inaugural-Dissertation* de C. Ph. Kopp, *de claus. r. s. s. secundum jus cum naturale tum civile*, Marburg, 1750, rapportée et analysée par Pfaff, op. cit., p. 30 ss.

opus est » ; il faut voir avec soin si, au cas où les nouvelles circonstances eussent existé dès le début, la promesse n'eût pas encore été faite, et, en outre, si le changement n'est pas imputable à faute à la partie qui se retire ; s'il n'en est rien, l'extinction de l'obligation est pleinement justifiée.

C'est cette conception que l'on retrouve dans les premières codifications datant de cette époque, et notamment dans le *Codex Maximilianeus bavaricus civilis* (1756) ; dans la doctrine des modes d'extinction des obligations, il nous dit, en effet, sous la rubrique : perte ou changement de la chose (IV, c. 15 § 12) : 3° Toutes les obligations contiennent en elles la clause tacite *rebus sic stantibus* ; elles sont donc éteintes par une modification, mais seulement aux trois conditions suivantes : que le changement ne soit imputable à la *mora*, à la *culpa* ou au *factum debitoris* ; qu'il n'ait été facile à prévoir, et qu'il soit de telle nature enfin que si le débiteur l'avait prévu il n'aurait jamais consenti selon le sentiment impartial et loyal des personnes raisonnables ; il y aura lieu d'apprécier de même si on doit décider l'extinction entière ou seulement la réduction en proportion du changement. Dans le Landrecht général de Prusse, la doctrine se retrouve encore dans sa forme générale, mais déjà sensiblement restreinte ; dans le long espace de temps (25) que dura sa confection, on voit avec les projets successifs son influence décroître. De nombreuses polémiques s'étaient engagées autour de la rédaction suivante : « pour changement des cir-

(25) 1749-1793.

constances (*wegen veränderter Umstände*), on ne peut demander la résolution du contrat qu'avant sa complète exécution. En outre, pareille demande n'est admissible qu'autant que les circonstances ont changé de telle sorte que le but principal du contrat ne puisse plus être atteint ». Et il ne manquait pas d'auteurs pour tenir la doctrine de la clause comme très dangereuse pour le droit ; elle fut cependant admise, mais seulement à titre exceptionnel, et la règle fut désormais que, pour changement des circonstances, l'exécution du contrat ne pouvait être refusée ; la disposition capitale se trouve alors ainsi rédigée au titre *Des contrats* (1, 5, § 378) : est-ce toutefois par un changement imprévu que l'obtention du but final des deux parties expressément déclaré ou résultant de la nature de l'acte est devenu impossible, alors chacune d'elles peut se retirer du contrat s'il n'est pas encore exécuté. La nouvelle rédaction précise donc le caractère du changement qu'on ne pouvait prévoir au temps de la conclusion du contrat ; et d'autre part indique de quels éléments reconnaissables on induit le but principal du contrat : autant de garanties données à la sûreté du commerce. Dans les législations postérieures, la réaction est de plus en plus accusée : le Code civil autrichien ne fait plus une allusion directe à la doctrine de la clause qu'en matière d'avant-contrats (§ 936) (26) ; et sans doute il n'est pas impossible de trouver dans ce Code, et encore dans les tra-

(26) Et les commentateurs n'en parlent souvent qu'à cette place; v. par ex. le *Commentaire* de Stubenrauch, 6^e éd., II, p. 123; et Hasenöhr, *das österr. Obligationenrecht*, 2^e éd., 1892, I, p. 671.

vaux législatifs qui se succéderont au dix-neuvième siècle, des dispositions que l'on peut rattacher à la pensée qui inspira tout le système, mais sans qu'on puisse rapporter qu'il y ait eu dans l'esprit du législateur un lien conscient et une référence évidente ; et cela est vrai, non seulement pour les Codes français et italien, mais encore dans une large mesure pour les Codes saxon, suisses, allemand, les projets de Code hessois ou bavarois. Comme doctrine générale, c'est une thèse réprouvée (27) ; dans les dispositions isolées qui malgré tout survivent, elle n'est que rarement indiquée comme motif ; si la convention-loi peut être révoquée « pour les causes que la loi autorise », ce sont là pures singularités du droit positif qu'on ne peut systématiser en un principe général susceptible d'applications nouvelles, qui serait à son tour base formelle de droit. La formule ne peut plus offrir d'intérêt que pour l'examen des motifs de la politique législative ; elle n'a plus de valeur substantielle que pour la philosophie sociale.

On reviendra sur les destinées ultérieures de la doctrine, et sans entreprendre davantage sur ce point, on peut essayer de la saisir dans son plein développement, soit dans la doctrine, la jurisprudence et la législation du dix-huitième siècle. L'exposé précédent

(27) C. c. Saxon, § 864 : « une partie ne peut se retirer du contrat et en refuser l'exécution parce que l'autre partie ne l'a pas exécuté, ou parce que les circonstances dans lesquelles le contrat était conclu ont changé, ou parce que les prestations et contre-prestations sont disproportionnées, à moins que le contraire ait été antérieurement convenu ou même soit consenti par la loi ». V. surtout les *Motive* du Projet, Dresde 1863, p. 771, n. 6 (*im § 889 wird die sog. claus. r. s. s. repro-birt*).

a montré que lorsque, sous la pression des besoins modernes, les droits nationaux se constituèrent, la clause, malgré son nom, ne fut pas rejetée parmi les archaïsmes à éliminer. Notre ancienne doctrine a parfaitement vu quels éléments pratiques elle contenait ; F. I. Dunod de Charnage (28) donne l'exemple suivant : « Comme les monnaies ont été beaucoup altérées, il arrive quelquefois que des taxes faites et des rétributions promises en argent ne conviennent plus. J'ai vu, par exemple, quelques deniers promis par des titres anciens pour la nourriture des corvéables. Ces deniers suffisaient dans le temps qu'ils ont été promis ; mais à présent, les corvéables seraient obligés de travailler à leurs frais, quoi qu'ils ne soient pas engagés à le faire. L'équité demande, en ce cas, que l'on augmente la taxe ou la rétribution, nonobstant le laps de temps, qui n'opère pas plus que la convention même, que l'on peut toujours réduire au point d'équité, lorsque, par des changements imprévus, elle devient injuste et trop onéreuse (*L. cum quidam* 17 ss. de usur., Thes. decis. 120.226.230. Chorier, liv. 2, sect. 12, art. 27). » La doctrine paraît bien générale et entrée dans le droit commun coutumier, car J.J. Jullien, dans ses *Nouveaux Commentaires sur les Statuts de Provence* (29), écrit aussi : « J'estime encore que, dans un pareil cas, si la taille devenait plus forte que la censive ou la rente foncière réservée dans le bail, celui qui a promis de payer la taille pour le

(28) *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'église et des dixmes* (1753), 4^e éd., Paris, 1786, part. III, ch. 11, p. 426.

(29) Aix, 1778, t. II, p. 37, n. 45.

tenancier en doit être quitte en abandonnant la censive ou la rente perpétuelle, lorsqu'il n'y a pas eu de plus grands avantages stipulés dans l'acte d'aliénation. Nos auteurs observent que le contrat qui a un trait successif doit être réduit à l'équité, quand la suite des temps le rend injuste, quand l'état de choses est tellement changé que l'ancienne convention, eu égard au temps présent, devient inique. Tessorus, decis. 226, n. 1, dit : « *Reductio contractûs ad æquitatem fieri debet, quando res tractu temporis efficeretur iniqua* ». C'est, ajoute-t-il, une singulière et admirable faculté donnée aux juges de pouvoir, en ce cas, prononcer même contre les pactes et les conventions des parties. *Et hæc est singularis et mirabilis facultas Judicibus data, ut hoc casu possint etiam contra pascentium pactionem et stipulationem pronunciare et ad æquitatem reducere*. C'est encore ce qu'enseignent Expilly, chap. 222 ; Cancerius *variar. resol.* part. 2, cap. 1, n. 253 ; le cardinal de Luca, *de regalibus*, disc. 73, n. 5 et disc. 156, n. 11 ; Dunod, *Des prescriptions*, part. 3, ch. 11, p. 396 ».

B). — LA DOCTRINE DÉVELOPPÉE.

1. — *Dans quels actes la clause opère.*

La doctrine conserve fidèlement la distinction de Doneau entre les contrats consommés et ceux qui ont en eux *aliquid futuri*. Dans ceux-là, qui n'ont pas d'action plus éloignée au-delà de l'époque contemporaine de leur formation, et dont le caractère éphé-

mère les restreint à un moment de la durée, la clause ne peut avoir aucun sens ; on peut dire, en effet, que leur vertu obligatoire s'épuise aussitôt (1) ; le rapport créé, ainsi localisé dans le temps, ne saurait être anéanti ou modifié sans arbitraire ; l'acte déroule ses conséquences immédiates ; il ne peut être question d'un changement dans les faits, d'un nouvel état, qui n'a pas le temps d'apparaître. C'est la distinction capitale qui se place au seuil de la doctrine et dont l'oubli entraînerait inévitablement sa complète incompréhension. On voit par là quelle valeur il convient d'attacher à cette critique que fit valoir un commentateur de Leyser, à une époque où une philosophie nouvelle se faisait jour ; Müller (2) estimait que la doctrine de la clause est en contradiction avec les règles sur la charge du risque dans la vente ; selon les décisions des sources le risque frappe en principe l'acheteur ; or ne devrait-on pas dire que l'acheteur pourrait écarter cette charge, puisqu'à coup sûr il n'eût pas contracté, s'il avait prévu la perte de la chose ? Objection qui montre seulement d'une manière saisissante comment on cherchait, à la fin du dix-huitième siècle, à se débarrasser de cette doctrine en détachement, au moyen d'arguments qui démontraient surtout une parfaite méconnaissance de ses plus élémentaires principes.

Quant à modifier l'état de fait obtenu en suite de l'exécution, ce serait troubler tout le commerce juridique sans raison ni but ; car précisément l'esprit de

(1) Barsanti, loc. cit., n° 5, p. 6.

(2) J. E. J. Müller, *Observ. pract. ad Leyseri meditat.* (Leipzig, 1786-1793), obs. 861, t. V, fasc. 2, p. 241 ss.

spéculation veut prendre position sur l'avenir ; il n'y aurait pas un seul contrat aléatoire possible si celui qui en reçoit l'issue malheureuse demandait protection ; mais même dans les contrats simplement commutatifs, la pensée d'une spéculation qui ne se développe pas par une exploitation du cocontractant, mais par une prévision de l'avenir, est non seulement licite, mais normale : l'acheteur escompte une hausse et le vendeur une baisse ; si j'ai vendu autrefois un objet 50, qui maintenant en vaut 100, aucun auteur ne voudrait admettre que je puisse en appeler à la justice ; il n'y a pas un jurisconsulte qui n'exprimerait son aversion pour une telle solution ; où voit-on, d'ailleurs, fait justement remarquer l'un d'eux, que les deux parties aient présupposé au temps du contrat que l'objet vaudrait toujours 50 ? Bien au contraire, leur but principal avait une signification commerciale non équivoque, et a été pleinement atteint. On comprendra dès lors qu'il y ait une catégorie de contrats sur lesquels, malgré leur exécution parfaite, le changement des circonstances peut avoir influence ; et ce sont les donations, qui peuvent être révoquées selon la loi pour diverses causes ; ces causes, il est vrai, furent parfois critiquées ; le projet de Code civil bavarois de 1861 (1, art. 107 ss.) se proposait de supprimer la révocation pour survenance d'enfant, qui, au dire des Motifs, blesse trop ouvertement le principe de la sainteté des contrats conclus (*das Prinzip der Heiligkeit geschlossener Verträge*). Cependant on a généralement admis que les liens de famille passent avant les liens du contrat ; les contrats à titre gratuit reposent sur des intentions spé-

ciales, et c'est avec raison que le droit moderne les a rapprochés des dispositions de dernière volonté, constituant ensemble le droit des libéralités opposé au droit des affaires ; l'importance des motifs y fut dès longtemps reconnue (3).

Aux contrats qui se perfectionnent *unico momento*, la doctrine traditionnelle oppose les contrats qui *habent tractum successivum et dependentiam de futuro*. Le criterium de la distinction se tire d'un caractère économique, que le droit ne peut négliger : l'obligation a un caractère durable, en ce sens que l'exécution revêt ici une apparence très différente ; elle peut commencer immédiatement, mais elle ne se termine jamais aussitôt ; elle affecte un certain caractère de continuité et par là entreprend sur l'avenir ; le temps déroule alors sa chaîne d'événements imprévus, en présence desquels la réglementation originale peut perdre toute portée. C'est ce caractère « continué » du contrat qui nous paraît l'élément décisif ; il ne s'agit pas seulement d'une modalité accidentelle par laquelle l'exécution serait différée dans l'avenir ; le contrat ne peut pas ne pas être un contrat

(3) C. c. autr., § 901, al. 3, s'exprimant sur la valeur des motifs : « Pour les contrats à titre gratuit, il y a lieu d'appliquer les textes relatifs aux dispositions de dernière volonté ». La distinction n'est donc pas établie entre déclarations entre vifs et à cause de mort ; dans tous les actes à titre gratuit, le motif est reçu dans le contenu de la volonté et, s'il est erroné, l'acte perd sa valeur si l'on prouve que la volonté du disposant a reposé uniquement et exclusivement sur ce motif (§ 572). V. Pfaff, op. cit., p. 117 s. ; comp. encore P. Benecke, *der Irrtum im Motiv bei letztwilligen Verfügungen*, Diss. Greifswald, 1898 ; A. Martius, *Irrtum in den Beweggründen bei letztwilligen Verfügungen*, Diss. (Erlangen), Berlin, 1898 ; v. aussi C. c. all., § 2078.

ayant terme et durée ; et plus le terme est long, plus le changement de circonstances se laissera facilement concevoir. Quelques auteurs pensent à ce sujet que la clause ne devrait sortir effet que dans les contrats perpétuels, parce que la durée, même longue, qui a été fixée et déterminée, serait un élément essentiel du contrat, et une condition pour que les contractants puissent tirer avantage de leurs stipulations ; on ne saurait, dès lors, admettre une résolution sous ce prétexte, avant que le temps ne soit écoulé. M. Gabba (4) cite l'exemple des contrats conclus pour 60 ans aux termes de la loi italienne du 27 décembre 1896 sur les tramways et chemins de fer économiques : il était si vrai que les contrats conclus par les communes pour un aussi long temps ne pouvaient être rescindés pour changement des circonstances qu'il a fallu une loi tout exprès, la loi du 29 mars 1903 sur la municipalisation des services publics,

(4) G. F. Gabba, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, dans ses *Nuove questioni di dir. civ.*, Turin, I, 1905, p. 195. A noter ici l'opinion de Marc Gazel, *Influence de la volonté des parties sur la révocation ou la modification des contrats*, Th. Toulouse, 1896, p. 128, selon lequel la détermination de la durée dans un contrat successif est un élément essentiel, et si les parties ne l'ont pas fixée, elles ne sont même pas liées : « Dès lors si le contrat continue à produire ses effets entre les parties, c'est qu'il y a entre eux un accord continuel de volontés, une série de contrats tacites, par conséquent, étendant d'instant en instant les effets de la première convention déjà pleinement exécutée. Chacun est donc libre à tout moment de ne plus vouloir contracter, de réserver son consentement ; on est, en dehors de la sphère d'application de l'article 1134, la partie qui impose sa volonté ne résilie pas un contrat, elle use du droit absolu de refuser son adhésion à une convention nouvelle. » Toutefois nous savons que ce droit n'est pas absolu (C. c., 1780) ; donc, même dans les contrats à durée indéterminée, jouera la clause *rebus sic stantibus*.

pour l'admettre, et la loi fut critiquée comme rétro-active. Appliquée à des obligations toujours plus longues et indéterminées, la doctrine de la clause est naturellement toujours moins discutable ; mais peut-être même dans les obligations à durée déterminée y a-t-il certains changements d'état ou de circonstances qui ne restent pas irrelevants.

M. Barsanti a proposé des critères très précis en vue de la construction d'une doctrine générale : la distinction trouve à ses yeux sa valeur dans les caractères de *successivité* et de *correspective* que présentent certains contrats. La successivité est définie par lui, selon une expression mathématique, comme constituée par un système de prestations en série, qui fait que l'exécution consiste en actes et prestations périodiques, et entraîne ainsi à chaque fois une sorte de prolongation de la formation du lien. Et l'élément de la correlative y est compris en ce sens que le système de prestations doit se tenir en équilibre : puisque le contrat successif est considéré comme se décomposant en une série de contrats, il ne suffit pas que la correspondance des prestations ait été réalisée au début de la série, elle doit se maintenir constante pendant toute la durée du rapport, car l'exécution d'un contractant se tient toujours en fonction de celle de l'autre : il y a une proportion correspondante à conserver, parce que les parties n'ont pas voulu ici déduire en un prix unique le gain certain ou incertain qu'elles se promettaient du contrat, mais ont visé à organiser une corrélation continue dans le temps. Comme exemples, on cite le bail, et surtout le bail emphytéotique, les constitutions de rentes, les conces-

sions administratives, etc... Cette distinction ainsi formulée donne une netteté nouvelle à la classe de ces contrats dont nos anciens auteurs disaient qu'ils avaient *tractum successivum et dependentiam de futuro*. M. Barsanti se réfère encore à ce que, dans la plupart des législations, on trouve un autre élément caractéristique de ces contrats à long terme, à savoir la faculté accordée à celui qui a la jouissance de la chose de pouvoir se rédimier de l'obligation périodique par le paiement d'une somme proportionnée, et il cite en exemple la possibilité de rachat du fonds emphytéotique (C. c. it. 1564), et la faculté de remboursement des rentes (C. c., 1911 s.) ; ce dernier caractère n'est peut-être pas aussi général, mais il prouve clairement la nécessité ressentie de pouvoir s'affranchir du contrat successif (5).

Dans l'ensemble, on ne saurait cependant refuser à cette construction l'appui de la tradition. Elle représente aussi la position la plus avancée de la clause relativement aux contrats synallagmatiques, limitée toujours à ceux-là dont l'exécution n'est pas achevée et définitivement consommée. La difficulté fut beaucoup moindre pour admettre sa valeur dans ces contrats, comme le commodat (6) ou le dépôt (7), qui ne

(5) Barsanti, loc. cit., n^{os} 5, 6, 21, p. 5 ss., 27 s.

(6) Le droit du commodant de réclamer avant terme la chose prêtée qui lui est devenue manifestement indispensable, se trouve déjà formulé dans le *Landrecht bavarois* (IV, 2, § 5, n. 5), et surtout dans le *Landrecht prussien* (I, 21, § 235 s.), mais aussi dans les C. c. français (1889) et italien (1816) ; v. encore pour le droit privé des Provinces baltiques russes (1864, art. 3760), Erdmann, *das Privatrecht der Ostseeprovinzen*, Riga, 1894, IV, p. 274. Au contraire, le C. c. autrichien (§ 976) abandonna la tradition sous l'influence du droit naturel ; sur la question inverse, à savoir si le commodant

furent jamais considérés comme parfaitement synallagmatiques, et qui s'éloignent toujours davantage du type de l'acte de spéculation. Enfin la prolongation de la formation du lien et les effets unilatéraux du contrat lui donnent une signification incontestable dans le *pactum de contrahendo*, et on s'explique que même les législations modernes aient conservé cette application; il n'y a guère de texte plus explicite à ce sujet que le § 936 du Code civil autrichien, suivant lequel la convention de contrat futur n'est obligatoire que si dans l'intervalle les circonstances n'ont pas changé, de telle sorte que le but expressément déterminé ou résultant des circonstances, ne puisse être atteint, ou bien que la confiance de l'une ou l'autre partie ait disparu. Ce Code, qui se refuse à appliquer la clause dans tous les contrats en général, la maintient encore pour tous les avant-contrats sans distinction. Le Code saxon en limite l'application aux promesses de commodat et de dépôt (§§ 1174, 1261), où elle souffre d'autant moins de difficulté que nombre de législations l'admettent encore dans ces contrats eux-mêmes. Mais, avant tout, on invoque la clause dans la promesse de *mutuum* et dans la promesse d'ouverture de crédit : si le crédit devient insolvable et ne mérite plus le crédit antérieur, la loi (C. c. all., § 610) et à défaut les usages du commerce autorisent

peut être contraint à une reprise anticipée, le § 977 dénie à l'emprunteur ce droit, mais seulement dans le cas où il en résulterait un préjudice pour le commodant (Pfaff, op. cit., p. 113 s.).

(7) Droit du dépositaire de rendre la chose avant terme, si une circonstance imprévue le met hors d'état de garder la chose en sûreté, ou sans préjudice pour lui : C. c. autr., § 962 ; projet bavarois, II, art. 667 ; C. c. ital., art. 1860.

la révocation de la promesse (8). Il est vrai que si on la maintenait, le remboursement pourrait être aussitôt exigé selon l'article 1188 du C. civ., mais si la faillite est déclarée, on comprend l'intérêt que le promettant peut avoir à ne pas s'exécuter.

2. — *Les circonstances, l'état (res, status).*

Admise la distinction des contrats consommés et des contrats en cours, il convient de décrire les autres contours de la doctrine, et tout d'abord de définir les circonstances et le changement des circonstances. La *res* qui est mentionnée dans la formule, a un sens aussi vaste que possible : Cocceji y comprend « *omnia de quibus in jure quæstio esse potest. Sic stare res vero dicuntur quæ in eodem statu, in quo initio fuerunt, atque in eadem conditione permanent... Status autem mutatur quoties novi aliquid fit* ». Il faut donc l'entendre comme cet état et cet ensemble de circonstances de fait qui constituent le milieu dans lequel l'acte juridique se produit. Les juristes paraissent en cette matière peu curieux de précision ; ils se contentent volontiers avec l'adage : *scientia factorum infinita est*, s'en rapportant au surplus à l'appréciation du juge (1). Depuis que le passage s'est fait dans

(8) Pour le droit français, v. E. Bonnichon, *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, Th. Paris, 1900, n° 32, p. 40 ; E. Leduc, *Des avant-contrats*, Th. Paris, 1909, p. 131 ss. Dans le même sens, L. Coviello, *Dei contratti preliminari nel dir. mod. ital.*, Milan, 1896, p. 240 ss. ; v. cependant Gabba, loc. cit., p. 197 (indications de la littérature allemande considérable).

(1) Barsanti, loc. cit., IV, n° 7, p. 8. Mais il y a actuellement

l'histoire du régime statutaire au régime des conventions, les juristes ont tourné toute leur attention vers les actes libres, et le droit nécessaire est peu à peu rentré dans l'ombre. Dans cet ensemble de circonstances, dans ces faits d'où naît le droit (*ex facto oritur jus*), on a seulement cherché à déterminer les éléments essentiels de la convention, établissant ainsi une casuistique artificielle pour rapporter la création de tout droit au contrat. Et cependant, dans les ouvrages de l'ancienne époque, déjà une autre préoccupation se trahit, celle de l'adaptation de l'acte juridique à son but, celle d'un accord à maintenir entre la situation déterminée et le milieu déterminant. Nous croyons donc pouvoir définir l'importance de ces circonstances par rapport à l'acte comme une résistance des états de fait à la puissance d'autonomie privée : c'est en un mot l'antithèse du *statut* et du *contrat*, celui-là fixant à celui-ci les limites convenables à ses fins.

Et alors tombent toutes ces anciennes distinctions que l'on trouve chez nombre de théoriciens de la clause, car la recherche objective des éléments essentiels de l'acte fut poursuivie jusqu'à l'intérieur du rapport constitué ; non content d'avoir distingué les éléments substantiels et les éléments accidentels, Cocceji sépare, dans les premiers, ceux qui sont requis seulement *ad causæ vel negotii constitutionem*, et ceux qui sont encore requis *ad ejus conservationem*;

un mouvement contraire; v. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, *Rec. de l'Ac. de législ. de Toulouse*, 1906, p. 134 s.; E. Gounot, *Le Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Th. (Dijon), Paris, 1912, p. 232 (et la bibliographie en note).

d'autres, et cette doctrine aura une grande fortune, ce qui est seulement *causa impulsiva*, c'est-à-dire simple cause occasionnelle de détermination (2), et d'autre part la *causa finalis*, qui seule met en mouvement d'une manière pleine et efficace la volonté. Mais la doctrine de la clause devait naturellement conduire ses défenseurs à reconnaître la valeur de toutes ces circonstances qui furent nécessairement présupposées lors de la formation de l'acte, et on trouve en effet cette affirmation déjà émise par quelques auteurs que la volonté ne se détermine pas seulement sur les actes en eux-mêmes (*negotia in se spectata*), et qu'il faut tenir compte de toutes ces circonstances (*extrinseca*) qui constituent l'état dans lequel l'acte apparut. Et la clause *rebus sic stantibus* est définie comme cette condition en vertu de laquelle l'obligation issue des actes obligatoires cesse par le changement de l'état de choses (*conditio, vi cuius obligatio ex negotiis obligatoriis orta, mutato rerum statu cessat*) (3). Comme dans les stipulations on doit se référer au temps dans lequel l'obligation fut contractée (*in stipulationibus*

(2) Comme serait pour la conclusion d'un traité de paix la force supérieure de l'ennemi et la crainte qui pouvait en résulter : on ne saurait voir là, sans ruiner la valeur du contrat, une de ces circonstances dont le changement autoriserait la destruction du lien.

(3) C. Ph. Kopp (Diss. cit., in Pfaff, op. cit., p. 32). Comp. Th. Meyer S. J., *Institutiones juris naturalis*, II, *Jus naturæ speciale*, Fribourg-en-Brisgau, 1900, p. 217, n° 237, 6 et n. 1, qui assimile au non-accomplissement de la condition le changement de ces circonstances (*adjutorum*), qui intéressent la substance même du contrat, à l'exclusion de toutes ces autres circonstances qui existaient au temps où le contrat entra en vigueur, par exemple les mêmes motifs de contracter. Il précise (p. 772, n. 1, et n° 719) qu'il s'agit d'un changement non prévu dans la substance du sujet ou de l'objet.

id tempus spectatur quo contrahimus), ainsi on a un principe d'interprétation qui reconnaît la signification juridique des divers états de fait sur lesquels opèrent les déclarations. Reste alors à définir le *status*, puisque c'est lui qui donne le sens de l'acte et éclaire son but ; mais déjà dans les anciennes dissertations, les éléments statiques du droit ont été plus ou moins confusément aperçus, et on peut les ramener à toutes les conditions du sujet ou de l'objet, des personnes ou des choses (*conditio personæ, rerum status*).

A) L'état des personnes domine les conventions ; dans la formation de l'acte, on doit en tenir compte et on ne peut le modifier. Un changement d'état se produit-il à une date postérieure, il peut avoir influence selon le but de l'acte, et notamment si cet acte est passé *intuitu personæ*.

Envisageons tout d'abord l'état juridique de la personne ; cela est vrai de la personnalité même des contractants : il y a des contrats, encore que peu nombreux, dont la mort d'une des parties fait avorter le but (4) ; cela peut être vrai encore de certaines hypothèses de perte de la capacité ; ainsi selon la très vieille hypothèse d'école, celui qui a reçu une épée en dépôt ne doit pas la rendre au déposant devenu fou furieux, « de peur, disait Grotius, qu'il lui en arrive du mal ou à d'autres personnes innocentes ». Il serait superflu de rappeler l'influence de certains changements d'état, interdiction, dation de conseil judiciaire, etc., sur divers contrats (C. c. 1865, 2003).

(4) Planiol, *Tr. élém. de dr. civil*, II, n° 1332.

Il n'y a pas lieu de se limiter à ces diverses qualifications juridiques ; on doit encore examiner l'ensemble de la *situation économique* de la personne, sa surface pécuniaire, son activité professionnelle, sa capacité de crédit. L'importance de ce facteur peut-être mise spécialement en lumière, car la règle est que l'erreur sur la solvabilité n'est pas une cause de nullité ; on ne doit pas ignorer la condition de celui avec qui on contracte ; seules des manœuvres frauduleuses de sa part seraient prises en considération. Mais un changement survenu à une date postérieure, la faillite, la déconfiture, autant d'événements qui permettraient parfois de se retirer du contrat conclu. Ainsi l'obligation qui naît des pourparlers et de la période préparatoire peut parfois être plus rigoureuse que celle qui est issue de la convention elle-même (5).

Enfin on peut encore rappeler que l'ancien droit tenait compte de toutes ces diverses qualités qui composaient la *condition sociale* de la personne : la question fut agitée pour les privilèges et bénéfices concédés autrement qu'à titre de précaire et ayant donc quelque chose de conventionnel (*accidit sæpe aliquid pacti*) de savoir si le Prince peut les révoquer quand ils deviennent funestes au pays ; mais il y avait moins de difficultés pour les changements survenus dans l'état de la personne à cause de la loi romaine : *ubi*

(5) V. toutefois le § 332 de l'anc. C. féd. helv. des Oblig., qui assimilait à la faillite postérieure au contrat, le cas où le cocontractant aurait eu connaissance, seulement après s'être engagé, de la faillite antérieure au contrat de l'autre partie. Au sujet de ce changement d'état, il y a de grandes divergences de formules entre les diverses lois (aggravation essentielle, perte du crédit, diminution des sûretés, etc...) ; v. à ce sujet Leduc, Th. cit., p. 136 ss.

personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat (D., L. 17, de reg. jur., 68). De même si un moine passe à la religion protestante, l'obligation née de ses vœux tombe, car il est arrivé dans un état où cette obligation n'aurait pu prendre naissance, et le but principal de son acte est devenu caduc.

Il n'en va pas autrement des diverses *qualités politiques* et de leur action sur les contrats de droit public: l'ambassadeur, qui aura été gravement injurié, ne pouvant plus remplir convenablement la mission dont il a été chargé, réclamera de son gouvernement ses passeports. On peut rappeler ici des faits historiques: Edouard IV, chassé d'Angleterre, sollicite en vain l'assistance française promise par traité; il reçoit la réponse que l'alliance est conclue avec le roi d'Angleterre et son royaume. De même encore si le Prince est devenu un ennemi de son pays et de son peuple, alors l'âme même de son commandement est atteinte, et on peut le renier; mais il s'agit de relations de droit public, et, comme le remarque Cocceji, le roi David ne pouvait être détrôné après avoir commis l'adultère et le meurtre! (6).

B) Quant à l'état de choses (*status rerum*), il peut paraître superflu de le définir aux publicistes et aux diplomates, qui connaissent assez l'importance du *statu quo*. Il n'est pas utile de soutenir que, dans les sociétés modernes, les événements en vérité marcheraient plus vite qu'à d'autres époques; peut-être

(6) Pfaff, op. cit., p. 20, 35 s.

même dans les formes anciennes d'économie locale, les variations dans les prix étaient-elles plus soudaines, et la difficulté des transports entraînait avec elle un cortège de disettes et de famines dont le souvenir même est perdu ; qu'on y ajoute les guerres, et surtout les altérations de monnaies qui paraissent tant préoccuper les auteurs, et on ne sera pas surpris de trouver, dès cette époque, un écho des préoccupations contemporaines relatives à la « vie chère ». Leyser rapporte que sa manière de voir fut approuvée par la Faculté de Helmstadt en 1716, au sujet de l'approbation d'un accord par lequel un haut fonctionnaire avait consenti de son autorité propre à un entrepreneur une élévation de 22 gros (2 fr. 75) sur les 1.000 kilogrammes de chaux, mais on pouvait avoir bonne confiance que le roi approuverait cet accord, parce que cette augmentation était le résultat, non d'une complaisance, mais de causes bonnes et justes, car depuis la conclusion du contrat le prix des matériaux, et plus spécialement de la chaux, était partout en hausse, et il y avait donc un changement complet de l'état de choses (*folglich war die Sache in ganz anderen Stand gekommen, als sie zur Zeit der Punctuation gewesen*). (7). Il est vrai que dans les relations

(7) Pfaff, op. cit., p. 26. On pourrait en rapporter maint exemple ; je trouve, dans le *Bulletin munic. off.* de la Ville de Lyon du 7 janv. 1912, la réponse suivante de la municipalité en 1805, à une lettre du Ministre de l'Intérieur, datée de l'an XIII, demandant des explications sur une adjudication : « La ferme des chaises de la promenade des tilleuls de la place Bonaparte (Bellecour) avait été portée à 2.100 francs dans un moment où cette promenade, qui était la seule de la ville, était très fréquentée. Aujourd'hui que l'on a établi sur les quais et dans les environs de la ville, un très grand nom-

internationales, la clause ne fut pas toujours invoquée avec le même esprit d'équité ; Grotius (8) adresse aux Anglais le reproche de s'en servir comme d'un prétexte pour couvrir le manque de parole, notamment dans leurs rapports avec les Hollandais, et aussi avec la Hanse ; dans ce dernier conflit (1595), certains privilèges qui avaient été accordés par l'Angleterre en un temps où son commerce languissait (*cum res mercatoria et nautica apud Anglos jaceret*) étaient révoqués par elle parce que maintenant les temps étaient changés (*utique temporibus non accomoda*). Par contre, Cocceji approuve la conduite du prince-électeur Maurice de Saxe, accusé par le roi de France Henri II de rupture du pacte de Friedewald (1551), par lequel il était convenu que la paix ne serait pas faite avec Charles-Quint, si les alliés n'y étaient tous compris ; mais les dangers qui avaient déterminé la conclusion du pacte et qui résultaient des menaces graves pour la liberté de conscience des protestants, avaient disparu depuis le traité de Passau, et la situation était donc complètement changée (9).

Les écrivains modernes ont eu raison de montrer

bre de promenades, qui, au mérite de la nouveauté, joignent l'avantage d'offrir plus de convenance, on a déserté la promenade des tilleuls. Dans cet état, le fermier a demandé et obtenu de la justice de Monsieur le Préfet, le 29 ventôse an XII, un arrêté qui prononce la résiliation du bail. Deux adjudications successives ont été faites, et n'ont donné pour résultat que la somme de 361 francs, et encore le fermier actuel sollicite la résiliation. » Comp. les règles suivies pour la résiliation des contrats de travaux publics (hausse de plus d'un sixième du prix des matériaux ou de la main-d'œuvre, etc...) ; Berthélemy, *Tr. de dr. admin.*, 2^e éd., Paris, 1902, p. 596.

(8) Op. cit., § 27, n. 5, I, p. 584.

(9) Pfaff, op. cit., p. 21.

l'intérêt qui s'attachait à la conclusion de contrats de brève durée, de telle manière que leur terme et leur sphère d'action soit mieux délimitée. Les conventions de La Haye sur le droit international privé, remarque M. Demogue (10), n'ont elles-mêmes été conclues que pour cinq années sauf tacite reconduction. Le contrat successif est générateur d'états et de situations qui doivent être maintenus en harmonie avec le milieu où ils trouvent leur développement, avec les conditions générales du droit statutaire. Il arrive souvent que les parties pressentent le péril et se réservent des termes de dédit, des droits de résiliation à époques préfixées ; c'est là une forme heureuse de conciliation du besoin de sécurité juridique et des nécessités de l'évolution économique ; mais à défaut de ces réserves, la clause *rebus sic stantibus* peut seule maintenir l'équilibre.

3. — *Le fait, le changement.*

Quant à la valeur du fait nouveau (*mutatio status*), il convient de rappeler les conseils de prudence de Leyser : « *et videndum sedulo, an talis conversio contigerit, ut, si eadem rerum facies, quæ nunc est, ab initio adfuisset, alter nihil promississet. Videndum præterea, an mutatio hæc sine omni ejus, qui recedere a pacto cupit, culpa acciderit* ». Donc, il s'agira de faits qui, d'une part, auraient empêché la conclusion du contrat s'ils avaient pu être prévus ; et qui,

(10) Loc. cit., p. 262 ; v. aussi (du même auteur), *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 88 s., p. 104.

d'autre part, ne se rattachent pas à une faute quelconque du demandeur en résiliation.

A) On doit éliminer de la théorie de la clause, toute idée de dol ou de faute ; cela est naturel : il s'agit d'un changement objectif des circonstances, indépendant de toute action artificielle des contractants. Ainsi selon un exemple classique, l'acheteur de fourragés qui vendrait plus tard tout son bien, ensemble l'animal pour lequel le fourrage fut convenu, ne pourrait invoquer contre son vendeur l'exception des circonstances changées. De même le fiancé qui changerait de religion ne peut se prévaloir de ce fait comme d'un juste motif de rupture ; ni l'auteur qui, juste avant le tirage, voudrait obtenir une modification complète du manuscrit, n'aurait le droit de l'imposer sans un dédommagement complet, à son cocontractant (1).

Toutefois, on ne doit pas entendre par là qu'il s'agisse de cette catégorie de faits classés en droit sous le terme de *force majeure* (2). Sans doute, on

(1) V. pour le cas où le débiteur a lui-même provoqué le fait du prince, l'acte de la puissance politique, en l'espèce le changement de législation, qui l'empêche de remplir ses obligations, une décision intéressante de la jurisprudence canadienne rapportée par R. Taschereau, *Théorie du cas fortuit et de la force majeure*, Th. Montréal, 1901, n° 38, p. 23 ss. V. encore Baudry-Lacantinerie et Barde, *Tr. des Oblig.*, I, n° 462.

(2) Ou tout au moins c'est une extension très sensible de cette notion ; d'autre part il faut rappeler que la doctrine moderne (L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897, p. 20 ss.) a séparé sous le nom de *cas fortuits* des hypothèses de responsabilité causale du simple fait, considéré selon le cours naturel des choses comme généralement propre à entraîner le dommage. On arrive ainsi,

voit des auteurs comprendre dans notre théorie, d'une manière très large, les hypothèses de disparition de l'objet et d'impossibilité postérieure d'exécution : comme pour un concordat avec l'Eglise catholique d'un pays dont la population entière serait ensuite passée au protestantisme, ou encore pour les lois et les traités concernant une dynastie régnante, après que l'Etat a adopté la forme républicaine (3). Limitée à ce point de vue, la doctrine de la clause serait sans intérêt et n'ajouterait rien à la vertu propre du contrat (4). Il s'agit d'examiner l'état extérieur, la situation, le milieu dans lequel le contrat est apparu, et ce que deviennent en regard du changement de ce milieu son but, son utilité, son opportunité. C'est seulement l'ancienne doctrine juridique de la cause, qui ne pouvait se découvrir un intérêt distinct des règles relatives à l'objet du contrat et à son exécution. Or le changement des circonstances, comme l'a très bien observé M. Barsanti (5), ne roule pas le moins du monde sur l'objet du contrat, c'est seulement une perturbation externe de l'équilibre des rapports. Un intéressant exemple nous est fourni par la jurisprudence française : le contrat passé entre commissionnaires de roulage, par lequel avait été garanti le service du

par cette voie, à rejoindre notre deuxième règle (*infra*, B) : il s'agira de changements qui ne pouvaient être prévus dans le domaine d'application normal de la loi de causalité. La clause ne peut intervenir que si aucune idée de responsabilité n'entre en jeu.

(3) Cavaglieri, loc. cit., p. 114.

(4) Gabba, loc. cit., p. 114.

(5) Barsanti, loc. cit., n° 9, p. 10. Il vaut donc mieux ne pas parler de force majeure au sujet des changements d'état ou de capacité ; v. cep. pour la faillite, Trib. comm. Marseille, 14 sept. 1882, *J. des Faill.*, 1883, p. 66.

transport de marchandises d'une ville à une autre, fut déclaré résiliable pour changement des circonstances de fait, parce que ces deux villes avaient été reliées par une voie ferrée, mise en exploitation dans l'intervalle (6). Les nouvelles découvertes scientifiques, comme la substitution de l'éclairage électrique au gaz ou encore la concurrence de nouveaux modes de transport (automobiles, tramways, funiculaires, métropolitain, etc.), pourraient encore être citées comme des changements de l'état de fait, pouvant légitimer l'extinction ou la modification des contrats par suite de l'altération des conditions industrielles et de la perturbation de la valeur des produits.

b) En outre, le changement sera tel que s'il avait pu être prévu au temps des tractations, le contrat n'aurait pas été conclu : il faut donc un changement important qui place l'acte dans ce *status a quo non potuisset initium capere*. Quelles sont donc ces circonstances décisives pour la conclusion de l'acte ? Ce sont toutes données générales de la volonté, toutes restrictions implicites, qui, sans avoir été érigées cependant en conditions expresses, sont des prémisses logiques que l'on doit argumenter normalement des buts que se proposèrent les parties au contrat, à cause du caractère du rapport ou d'autres raisons extrinsèques ; ce sont ces *présuppositions* (Voraussetzungen) de la volonté, dont parle Windscheid (7), c'est-

(6) Rouen, 9 févr. 1844, D. 45. 2. 4.

(7) *Die Lehre des röm. Rechts von d. Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, p. 7 s., 82 ss. ; *die Voraussetzung*, *Archiv. f. d. civ. Praxis*, 1892, p. 16 ss. ; *Pandekten*, I, § 97 ss. Ce n'est pas à dire que la doctrine de Windscheid se confonde avec celle

à-dire, non pas ce à cause de quoi on a voulu, mais ce sans quoi on n'aurait pas voulu (*nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde*) ; c'est donc le cadre naturel ou artificiel qui présida à la formation du contrat, et qui peut en éclairer la naissance, par ce qui se réfléchit plus ou moins consciemment dans l'esprit des parties au temps de la stipulation. Ces données générales de la situation contractuelle ont pu être inexactement comprises à cette époque : à ce défaut, qui correspond à une hypothèse toute voisine, la technique juridique obvie au moyen de l'annulation pour erreur, dans une mesure variable dont l'examen ne serait pas sans intérêt pour notre doctrine (8). Mais notre hypothèse propre est celle où

de la clause : d'abord, comme le note Pfaff (op. cit., p. 74), la théorie de la présupposition se réfère essentiellement au droit du patrimoine, et ne peut s'appliquer, par exemple, à la rupture de fiançailles ; et surtout, étant utilisée principalement comme moyen de construction des *condictiones*, elle agit sur les contrats déjà exécutés. Par ailleurs, Windscheid, se référant à la construction classique de l'acte juridique, fait de la présupposition un *accidentale negotii*, alors que la règle d'interprétation fondée sur la clause se ramène, comme nous le verrons, à une appréciation de ce qui, pour n'être pas exprimé dans l'acte, n'en résulte pas moins de bonne foi de l'usage et de l'équité (C. c., 1135), en un mot de *Id quod plerumque cogitatur*. Tout ce qui est vrai, c'est que la doctrine de la clause conduit à l'examen des présuppositions du contrat, mais on peut admettre cette doctrine tout en rejetant celle de Windscheid, et telle est notamment l'attitude de B. Brugi, *La presupposizione e i criteri d'interpretazione del contratto formolati negli art. 1124, 1131, C. c., Riv. di dir. commerc.*, V, 1907, 2, p. 46 ss.

(8) V. les diverses formules dans mon *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Th. cit., p. 292. Le lien des deux problèmes apparaît comme évident, si l'on se rappelle que le contrat successif entraîne une prolongation de la formation du lien.

l'appréciation originale fut exacte, mais où le changement des circonstances, en déniait toute signification à l'acte, le frappe de caducité. On se trouve en présence d'un nouvel état de choses qui contredit le but contractuel, et dans lequel le contrat n'eût pu voir le jour. Donc il s'agira de changements qui ne pouvaient être prévus selon le domaine d'application normal de la loi de causalité ; cette possibilité de prévision constitue évidemment une limite de la force obligatoire du consentement parce que ce qui fut imprévu ne put être voulu (*voluntas non fertur ad incognitum*) ; et, naturellement, il ne s'agit pas, comme le fait remarquer M. Barsanti (9), d'événements absolument inimaginables, mais de ces événements qui restent en dehors du *processus* psychologique de la décision, parce qu'ils ne pouvaient se penser avec le contrat selon la suite générale des choses humaines.

L'objection tirée de la sécurité du commerce, si souvent invoquée contre la clause, nous oblige à des précisions : il s'agit d'une interprétation équitable et raisonnable du contenu exprès ou tacite des déclarations de volonté. C'est là une condition impérieuse : les circonstances dont le changement autorisera la destruction du lien, doivent avoir été présupposées par les diverses parties, soit qu'expressément elles aient manifesté l'importance qu'elles y attachaient, soit surtout que tacitement cela résulte de la nature de l'acte et de leurs situations respectives qu'il s'agissait de motifs pouvant emporter leur détermination.

(9) Loc. cit., n° 20, p. 27.

Ainsi qu'il importe aux autres associés que l'un d'entre eux se marie ou devienne maire de sa commune ? Mais, au contraire, pour la gestion de leurs affaires, il n'est pas indifférent qu'il soit frappé d'infirmité habituelle (C. c., 1871). De même le maître qui a perdu tout ou partie de sa fortune et ne peut entretenir plus longtemps un nombreux domestique, peut légitimement le réduire en invoquant les circonstances changées. Au contraire, on voit fréquemment affirmé par les anciens auteurs le caractère illégitime d'une rupture de fiançailles, fondée sur ce motif que la jeune fille aurait été ruinée dans l'intervalle, parce qu'à défaut d'une déclaration expresse il ne résulte pas de la nature de l'acte que le mariage soit conclu en vue de la dot. On a examiné aussi le cas d'un acheteur qui réclamait la résiliation d'une vente de pierres à bâtir, achetées par lui en vue d'une construction, laquelle ne put être poursuivie ; or, il n'avait pas déclaré ce but, parce qu'il le croyait trop évident, comme il n'était pas marchand de pierres ; et, cependant, rien ne montrait que ce but, qui, d'autre part, ne résultait pas objectivement de l'acte, pût être reconnaissable pour l'acheteur, et le contrat devait être maintenu.

Mais ces circonstances, si elles doivent être présumées par les deux parties, peuvent cependant ne concerner que l'avantage contractuel de l'une d'elles ; et c'est le seul cas difficile, car si les buts des deux parties s'évanouissaient en même temps, elles conviendraient aisément de se tenir pour déliées. On prévoit donc le cas où ces circonstances, objectivement claires, ne concernent qu'une seule des deux parties

qui demande, après leur changement, à se retirer du contrat, non entièrement exécuté. Les anciens auteurs ont agité la question de savoir si le père d'une nombreuse famille, qui aurait loué une vaste maison, ne pourrait pas se réclamer du changement de la face des choses dans le cas où tous les membres de cette famille auraient été successivement enlevés par la mort ? Si le crédentier qui a placé sa fortune en rente viagère ne pourrait obtenir la résiliation du contrat au cas où il lui adviendrait des enfants ? Ou encore, et ceci est une question très débattue aujourd'hui, l'augmentation des impôts, par exemple l'élévation des droits de douane et d'octroi, qui rendrait l'exécution de l'obligation, non pas impossible sans doute, mais sensiblement plus onéreuse pour l'une des parties, restera-t-elle sans influencer sur le contrat ? Laurent (10) proteste contre un pouvoir d'appréciation du juge, qui ne serait qu'une limitation arbitraire de la force obligatoire des conventions. M. Duguit (11) défend énergiquement la même opinion : « Il est de jurisprudence et de doctrine constantes que lorsqu'une loi nouvelle vient rendre plus lour-

(10) Laurent, XVI, n° 272 ; v. aussi Baudry-Lacantinerie et Barde, *Tr. des Oblig.*, 3^e éd., 1906, I, p. 487 ss., où se trouve rapportée la jurisprudence française relative aux conséquences d'un événement fortuit, et notamment du fait du prince (guerre, impôts, etc...) sur une obligation rendue plus onéreuse. La plupart des arrêts ne concernent pas des contrats successifs et échappent donc à notre doctrine ; cependant même dans ce cas nous notons encore deux décisions favorables à notre thèse (Trib. comm. Rouen, 27 mars 1871, D. 71. 3. 54 ; Nancy, 14 juillet 1871, D. 71. 2. 158). V. toutefois pour l'établissement d'un impôt postérieurement à une émission d'obligations, qui est venu réduire le montant des coupons, Paris, 2 mars 1870, D. 70. 2. 107.

(11) *Traité de dr. constit.*, Paris, 1911, I, § 39, p. 170.

des les obligations d'un contractant, celui-ci ne peut point obtenir une indemnité de son cocontractant, alors même que cette aggravation des charges n'ait pu entrer dans les prévisions des parties ». Mais nous maintenons nos réserves en ce qui concerne les contrats successifs en cours d'exécution, et nous pouvons même relever en ce sens des traces de droit coutumier : c'est ainsi qu'on trouve aujourd'hui dans tous les actes notariés d'obligation hypothécaire une clause de style, stipulant l'exigibilité immédiate de la créance, au cas où elle serait soumise à un impôt, à moins que le débiteur ne se charge de cet impôt et ne l'acquitte de ses deniers personnels.

Une hypothèse extrêmement fréquente à l'heure actuelle est celle où une loi nouvelle vient modifier une situation contractuelle établie, pour imposer à l'une des parties des charges plus lourdes, et tel est le cas des lois sociales émises dans ces dernières années. M. Duguit (12) maintient à ce sujet la même opinion que nous avons exposée : celui qui supporte les conséquences de la loi nouvelle — et ce fut le cas de tous les entrepreneurs qui avaient passé des marchés avant la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail — ne peut demander une indemnité du fait que l'exécution de son obligation devient plus onéreuse. Nous croyons qu'il est devenu aujourd'hui impossible de soutenir ce principe, depuis que la Cour de Lyon et la Cour de Cassation, dans des arrêts qui

(12) *Op. cit.*, p. 175 (où il examine aussi l'idée d'une responsabilité de l'Etat, d'ailleurs pour la rejeter, en cette hypothèse, avec raison).

seront rapportés (13) ont vu dans la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire un de ces faits nouveaux qui légitiment l'extinction de conventions de travail antérieures. Il est vrai que la jurisprudence se forma dans un sens plus rigoureux autour de la loi de 1898 ; mais qu'arriva-t-il ? Les industriels assurés antérieurement à cette loi contre un risque beaucoup moindre furent placés dans cette alternative vraiment périlleuse « ou de s'assurer à la même Compagnie pour le supplément de risque résultant de la loi nouvelle et par conséquent de subir toutes ses exigences ou de s'assurer à une Compagnie nouvelle contre un risque nouveau, tout en demeurant dans les liens du précédent contrat, désormais sans objet ». Pour dégager les industriels de ce véritable « traquenard juridique », si bien qualifié par M. Pic, il fallut alors une loi nouvelle du 29 juin 1899, autorisant dans un délai d'une année la résiliation des polices concernant les industries assujetties à la nouvelle loi et antérieures à cette loi (14).

4. — *De quelle manière la clause opère.*

La signification de la clause tient donc tout entière dans la concession d'un droit de résiliation unilatéral,

(13) V. *infra*.

(14) P. Pic, *Tr. élém. de législ. industr.*, n° 1074. Nous avons envisagé l'hypothèse des polices d'assurances, non celles des marchés d'entreprise, parce que le caractère successif du contrat doit être bien démontré pour l'application de la clause : tel ne serait pas le cas pour une affaire de brève durée traitée à forfait.

dans une dérogation à l'exigence du *mutuus dissensus*. Le moyen juridique ainsi précisé peut se faire valoir de diverses manières : tantôt le retrait est admis par la loi d'une manière très libérale (C. c., 1780), sous la réserve de dommages-intérêts au cas où il en serait usé pour des motifs illégitimes ; tantôt il faut recourir à l'office du juge, qui a le pouvoir d'apprécier les circonstances de fait légitimant la résiliation. Le départ entre ces deux catégories d'hypothèses doit se faire selon la lettre même du texte ; les dispositions légales positives sont, il est vrai, assez claires, et le plus souvent la clause n'opérera donc pas de plein droit. Un point doit être mis en lumière : c'est que les hypothèses où la résiliation est accordée sous réserve de dommages-intérêts ne peuvent trouver place dans l'application de la théorie : le changement des circonstances est considéré précisément comme motif légitime de résiliation. On s'explique alors que quelques auteurs comme F.E. Pufendorf (1), rapportent la conception doctrinale de la clause à ce point de vue du droit moderne que tous contrats sont contrats de bonne foi : si dans le changement des circonstances le contrat est devenu tout à fait préjudiciable à l'autre partie, comment le bénéficiaire pourrait-il résister honnêtement en invoquant son propre gain manqué ? Le *bonus vir* est celui qui ne tire pas profit du malheur d'autrui.

Ceci est encore plus exact si l'on réfléchit que la partie qui veut résilier doit faire la preuve qu'il y eut un changement dans l'état de fait nécessairement

(1) *Observ. jur. univ.*, Francfort et Leipzig, 1744, I, p. 99 ss.

présupposé comme la raison d'être du contrat, et alors on ne peut interpréter la volonté des parties comme ayant dépassé le but qu'elle voulait atteindre. Le terme technique de clause paraît déjà significatif pour l'éclaircissement de la doctrine, impliquant qu'il s'agit d'un élément incorporé au contrat, et quand on examine de plus près les explications des anciens auteurs, on s'aperçoit qu'ils l'appellent aussi indifféremment *condition* (Bedingung) *rebus sic stantibus*. Pour quelques écrivains modernes, on aurait même l'exemple d'une véritable condition tacite, d'une auto-limitation de volonté bien caractérisée ; M. Barsanti (2) la rapproche de cette condition résolutoire tacite, qu'on place aussi à la base de l'article 1184 du Code civil, sur le fondement de la volonté présumée des parties. Et peut-être dès lors pouvait-on envisager des hypothèses où cette *præsumptio juris* céderait à la preuve du contraire ; et les juristes avaient en effet parfois écarté du champ d'application de la clause les cas où il avait été question de l'avenir (*cogitatum de jure futuro*) ; cependant ces prévisions ne peuvent valoir que sur leur objet précis, car toujours les calculs originaux peuvent être déjoués ; une renonciation générale au bénéfice de la clause n'échapperait donc pas à la même interprétation ; ainsi Cocceji a raison d'interpréter un traité de paix éternelle entre Etats *rebus sic stantibus*, c'est-à-dire comme visant seulement ce qui fut la source de la guerre à laquelle il mit fin, et non pas toutes les autres sources de conflit qu'on ne pouvait prévoir. Et on ne peut

(2) Loc. cit., n° 26, p. 31.

non plus assimiler le mécanisme de la clause à celui d'une véritable condition, qui opèrerait toujours *ipso jure* et d'une manière rétroactive, alors qu'au contraire pour les contrats successifs en cours d'exécution le passé n'est pas touché, parce que l'obligation ne peut être atteinte, tout le monde en convient (3), que du jour où les circonstances ont changé. On ne peut donc y voir une condition au sens propre, et c'est pour de telles hypothèses que Windscheid donnera un sens technique au mot présupposition (*Voraussetzung*), définissant par là une condition non développée ; ici la présupposition concernait telle circonstance dont le changement devait autoriser la destruction du lien.

Quel est le pouvoir du juge dans l'application de la clause ? Peut-il selon les circonstances détruire ou seulement modifier le contrat ? Peut-il en suspendre simplement l'exécution pour le cas où un nouveau changement des circonstances autoriserait un retour à la convention ? Cocceji donnait au juge le droit de changer le contrat selon le changement reconnu du *status*: *extinguitur omnis effectus prioris status et res ipsa secundum præsentem statum dijudicatur et deciditur*. Les auteurs admirent généralement que, dans le cas où l'état antérieur était rétabli, on pouvait sans doute, selon le droit naturel, dire que la volonté recouvrait son ancienne valeur, mais que le droit civil se montrait, pour des raisons d'utilité pratique,

(3) Planiol, op. cit., II, n° 1328, qui veut réserver le terme de résiliation (n'opérant que pour l'avenir, à la différence de la résolution) à ces contrats « qui obligent les parties à des prestations prolongées ou répétées ».

hostile à ces tempéraments. Par contre, on admit en général assez aisément le droit de modifier le contrat, de modérer une des prestations, dans le cas où ce n'est pas l'unique raison de l'acte qui tombe, mais seulement certaines des circonstances qui avaient conduit à une certaine détermination. Cette *via media* nous est rapportée par Leyser comme ayant été suivie par la Faculté de Helmstadt, constituée en Spruchcollegium (4), dans le cas suivant : l'ensemble des ordres de la province d'Albanie avaient constitué, au quinzième siècle, une Union perpétuelle, indissoluble, et s'étaient partagé entre eux les charges dans une mesure déterminée. L'Union fut renouvelée au seizième siècle, ratifiée par l'Empereur, et encore reconnue en l'an 1604 ; mais en 1605 la ville de Durazzo était bombardée par les Vénitiens, et subissait de graves dommages. Comme elle ne pouvait plus supporter les charges assumées, elle réclamait en se référant à la clause *rebus sic stantibus* la dissolution de l'Union, d'autant plus que tout associé est libre de résilier *ad nutum* ; mais les autres membres de l'Union contestèrent, selon la doctrine de Grotius, que la règle dût s'appliquer, puisque la richesse de la ville (maintenant appauvrie) n'avait pas été l'unique raison de la conclusion du pacte. Le *responsum* de Helmstadt reconnut que l'Union continuait d'exister, mais reporta une partie des charges assumées par Durazzo sur les autres membres ; les Motifs affirment qu'une Union ne peut être considérée comme une société résiliable *ad nutum*, que d'ailleurs Durazzo n'a pas

(4) Sur ces constitutions, v. Brissaud, *Cours d'hist. gén. du dr. fr. public et privé*, Paris, 1904, I, p. 220, n. 3.

cessé d'être une ville de la province d'Albanie, que l'Union dans laquelle elle est entrée simplement en cette qualité ne peut être dissoute à cause du dommage subi, et donc que la règle *rebus sic stantibus* peut conduire seulement à une diminution de ses charges (5).

C) — LES DESTINÉES DE LA DOCTRINE.

Vers le milieu du dix-huitième siècle, on commence à voir l'autorité de la clause plus vivement attaquée dans la pratique allemande, et la conception de Leyser repoussée par le Tribunal d'Empire : elle paraît dangereuse pour un trop grand nombre de contrats, et Cramer (1) lui reproche de donner influence sur des actes utilement passés, à des événements qui ne seraient pas obstacle à la conservation d'un droit acquis. D'ailleurs celui qui conclut un contrat doit être prévoyant et diriger son attention vers l'avenir ; tout ce que l'on pourrait excepter selon quelques auteurs (2), ce seraient les *casus insolitissimi*, qui dépassent tout à fait les prévisions ordinaires. Puis on voit contester chez quelques auteurs que l'ancienne doctrine trouve un appui dans les textes romains (3).

(5) Pfaff, op. cit., p. 29.

(1) J. U. Cramer, *Observ. juris universi*, Wetzlar, 1758, V, obs. 1390.

(2) Par ex. C. F. Hommel, *Rhapsodia quæstionum*, IV (1776) obs. 589 ; comp. d'autres citations (Tevenar, Müller) dans Pfaff, op. cit., p. 47 ss.

(3) Comp. cep. la célèbre loi *Aede*, au Code, IV, 65, de loc. et cond., 3, donnant au bailleur le droit d'expulser le locataire au cas où il prouve avoir besoin de sa maison pour son

Mais l'attaque qui fut dirigée avec le plus de succès émane de A. D. Weber, encore qu'il n'use que d'arguments connus, mais à cause des nombreuses éditions de son livre, (4) et de ses formules si nettes et brillantes. Il voit une faute d'interprétation dans la transformation en principe général de ce qui sert de motif à quelques dispositions légales, d'ailleurs isolées ; avec une application démesurément élargie de la clause, personne ne pourrait plus compter sur une promesse : je ne peux être autorisé à rendre demain un livre que j'ai acheté aujourd'hui et à en réclamer le prix, parce qu'un ami dans l'intervalle m'a offert ce même livre en cadeau, et cependant si j'avais pu prévoir cette circonstance, je ne l'aurais acheté. Cette réfutation un peu sommaire, qui n'atteint que quelques exposés très hétérodoxes de l'ancienne doctrine, ne conduit d'ailleurs Weber et ses contemporains (5) qu'à une formule mieux appropriée et plus précise : il demande que le changement survenu concerne une circonstance que, soit la nature du contrat, soit une convention expresse des parties, réclame comme essentielle à l'application du contrat.

A la fin du dix-huitième siècle, la doctrine ne rejette donc pas encore la clause (6). Mais les écrits

propre usage. Cette faculté a été abandonnée par le droit moderne (C. c. 1761).

(4) *Systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung*, Leipzig, 1^{re} éd. 1784, § 90.

(5) Comme Glück, *Ausführl. Erläut. der Pand.*, IV (Erlangen, 1796), p. 307 ss.

(6) Chr. U. Detlev von Eggers, *Bemerk. zur Verbesserung der deutschen Gesetzg.*, Copenhague, 1798, combat pour son extension dans le Landrecht prussien (par ex. pour la possi-

inspirés par la philosophie du droit naturel, en se multipliant, accentuent la réaction; Zeiller pense que par la clause toute sécurité est détruite, parce que l'on aboutit à mettre l'équité à la place du droit, et cependant il formule encore cette réserve que le changement des circonstances desquelles le contrat dépendait comme condition expresse ou tacite, est un mode d'extinction du contrat (7). Dans des ouvrages postérieurs, la clause est regardée comme une invention tout à fait inadmissible (8) : c'est seulement une modification dans les éléments essentiels du contrat qui entraînera son extinction. Quelques écrivains de la même école verront encore un grave problème dans l'opposition de la liberté de la personne humaine à la coercition que son obligation réclame, et pour les prestations purement personnelles admettront encore, notamment avec Ahrens (9), l'application de la clause. Dans la jurisprudence positive, le discrédit de l'ancienne doctrine va toujours croissant; on ne trouve bientôt plus que quelques auteurs qui la jugent digne d'une brève réfutation; dans un traité systématique, on la voit qualifiée d'abstraction tout arbitraire, qui mettrait sens dessus dessous presque tout le droit des obligations '(10) (*eine ganz willkürliche*

bilité d'une modification du montant de la peine conventionnelle).

(7) Zeiller, *Natürliches Privatrecht*, Vienne, 1802, §§ 117, 119.

(8) Röder, *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilos.*, Heidelberg, 1846, p. 348. V. d'autres citations (von Gros, Schnabel, Stahl, etc.), dans Pfaff, *op. cit.*, p. 60 s.

(9) H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 7^e éd., Leipzig, 1875, t. II, p. 236.

(10) F. et L. v. Rönne, *System des preuss. Civilr.* (de Klein), 2^e éd., Halle, 1835, § 126, n. 1.

Abstraktion, durch deren Anordnung fast das ganze Obligationenrecht umgestossen werden würde). Même la plupart n'en parlent plus et ignorent son nom et son histoire; quelques-uns rappellent que si elle connaît une part de vérité, on peut aisément retrouver cet avantage dans une interprétation du contrat qui tiendrait compte de cette part tacite que l'on doit y comprendre comme allant de soi selon la bonne foi et les usages (11).

Dans la jurisprudence et la doctrine françaises, même limitation aboutissant en définitive au même abandon. Déjà, assez tôt, on voit la Cour de Caen proclamer « qu'il n'appartient pas aux magistrats de prendre en considération les temps et les circonstances, qui, nécessairement, n'ont point de stabilité, pour changer ou modifier les clauses précises d'un contrat, quelque équitable que puisse être leur décision » (12). Cependant la Cour de Cassation maintient encore partiellement l'ancienne doctrine et tente même, dans une espèce, une curieuse conciliation des sources romaines : s'agit-il d'un seul contrat qui, par son exécution, se prolonge dans un temps successif ? Alors, si ce contrat a été légalement fait, il doit être maintenu, quand bien même il surviendrait des événements qui, s'ils avaient existé au moment de sa confection, l'auraient empêché, et sur ce

(11) Pour F. Regelsberger (*Pandekten*, I, Leipzig 1893, § 175, p. 637) rien ne serait plus dangereux que cette doctrine ; là où est reconnu un droit de résiliation pour changement des circonstances, cela s'appuie sur l'interprétation du contrat particulier ou sur un texte positif.

(12) Caen, 28 janv. 1827, D. Rép., v. Oblig., n° 849-3°.

point la jurisprudence antérieure de la Cour était fixée (13), remarque le conseiller rapporteur, M. Lasagni. Mais s'agit-il d'un contrat « qui en renferme d'autres à renouveler à des époques successives ? Alors, quoique l'obligation originaire soit unique, néanmoins l'on considère qu'il y a autant de contrats différents qu'il y a d'obligations successives à remplir ; alors si, à l'une des époques de ces obligations, les événements survenus sont tels que l'obligation originaire n'aurait pas été contractée s'ils avaient existé à ce moment, la même obligation originaire se résout, et aucun des obligés n'est tenu envers les autres à des dommages-intérêts ; car point de dommages-intérêts sans faute et point de faute où la résolution dérive de la nature même du contrat » (14). Dans l'espèce, il s'agissait d'un traité par lequel, d'un côté, on s'engageait à ne plus expédier, ni directement, ni indirectement à Paris et aux environs de cette ville des jambons dits de Bayonne, à charge pour l'autre partie d'en acheter chaque année 240 quintaux au prix du cours à ceux dont elle supprimait ainsi la concurrence. Le Tribunal d'Orthez avait décidé que la raison résistait à ce que ce traité pût avoir une durée illimitée, et qu'il devait nécessairement prendre fin, au moins par les changements

(13) Cass. 11 avril 1821, s. 21. 1. 254 ; 16 janv. 1827, S. 27. 1. 324 ; 22 juin 1837, S. 37. 1. 776.

(14) Cette distinction que le conseiller rapporteur présente comme permettant de concilier la loi 85, 1, *De reg. iuris*, et la loi 140, 2, *De verb. oblig.*, était également enseignée, nous dit l'arrêtiste (S. 38. 1. 973, n. 2), par un jurisconsulte hollandais, Evrard Branchorst, dans son commentaire sur le livre *de regulis juris*.

qui pouvaient survenir dans les qualités et l'état des personnes (comp. C. c., 1865) ; cependant il accordait encore des dommages-intérêts « par la nécessité de placer les parties dans une position à peu près égale ». Mais sur ce point, son jugement fut réformé par la Cour de Pau (7 août 1837) : cette prétention de durée illimitée n'étant ni raisonnable, ni fondée, on doit admettre la rupture du contrat par le décès d'une partie ; ce décès étant un événement indépendant de la volonté, on ne peut l'imputer à faute, et « les affaires de l'année étant consommées », chacun reprend tout naturellement la liberté de traiter son négoce comme il l'entend. C'est cette doctrine que la Cour de Cassation s'assimila en rejetant le pourvoi (15).

La doctrine de cet arrêt et de quelques autres qui le suivirent (16) passa dans les recueils (17) et attira l'attention des jurisconsultes, mais son succès fut de courte durée, et les auteurs en général la condamnèrent, sans même en avoir défini exactement les termes. Larombière avait traduit l'opinion jurisprudentielle dans la formule suivante : « Les obligations s'éteignent encore par la survenance de circonstances telles que les parties n'auraient pas contracté, si elles les avaient prévues. Cette extinction a lieu dans ce

(15) Req. 20 août 1838, S. 38. 1. 973, P. 38. 2. 655, D. 38. 1. 380.

(16) Req. 27 mai 1839, D., J. G., V° Obligation, n° 1252 ; V° Brevet d'invention, n° 215 : « Attendu, en droit, qu'une convention dont l'exécution s'étend à des époques successives, quoique légalement formée, se résout si, étant tombée *in eum casum a quo incipere non poterat* (l. 140, ss., de V. O.), elle ne peut plus avoir lieu pour l'avenir. »

(17) Dalloz, Rép., V° Oblig., n° 1638.

cas indépendamment des autres causes générales ou particulières d'extinction (18)..... L'existence de l'engagement étant ainsi subordonnée au maintien des circonstances actuelles, ce mode d'extinction rentre, sous ce rapport, dans celui qui s'accomplit par l'expiration du terme de durée convenu ». La valeur de cette figure juridique, entendue naturellement d'un terme incertain, restait discutable : dans une controverse bien connue, au sujet de l'étendue des droits du bailleur au cas de faillite du locataire, les jurisconsultes, pour combattre les résultats de la déchéance du terme (C. Co., 444), s'efforcèrent d'interpréter autrement le caractère des obligations successives, soit en créant pour elles une classe à part, soit en se ralliant à l'idée d'une condition suspensive ou résolutoire (19).

C'est sous ce dernier aspect qu'Aubry et Rau semblent disposés à comprendre la clause, mais ils se refusent nettement à l'insérer tacitement dans les contrats. « Les obligations doivent être réputées non conditionnelles, disent ces auteurs, à moins qu'elles n'aient été soumises à quelque condition par une disposition de la loi ou par une déclaration de volonté de l'hom-

(18) Cependant Larombière (*Oblig.*, IV, art. 1234, n° 4) ne distingue pas très nettement cette cause de la force majeure, ni non plus l'arrêt cité de la Cour de Rouen, 9 févr. 1844, D. 45. 2. 4.

(19) Thiercelin, note D. 1862. 2. 1., et *Revue critique*, 1867, 1, XXX, page 37 ; Pont, *Revue de législation*, 1866, tome XXIX, p. 17 ; Sévin, *Rev. crit.*, XVIII, p. 232. V. l'analyse des opinions dans le rapport Delsol, D. 72. 4. 36 ; v. aussi P. L. Démours, *Du privilège du bailleur d'immeubles*, Th. (Lyon), Grenoble, 1877, p. 63 ss.

me. C'est ainsi notamment qu'en l'absence d'une pareille disposition ou déclaration, le changement des circonstances dans lesquelles une obligation a pris naissance ne saurait être considéré comme une condition résolutoire, tacitement ou virtuellement inhérente à la convention » (20). Nous savons déjà que ce terme de condition résolutoire est impropre pour ces contrats dont l'exécution est successive, parce que l'idée de rétroactivité qu'il implique, engage à tort le passé. Et sans doute on doit même rejeter la qualification précise de condition, appliquée à tel événement dont on n'a pas fait dépendre l'efficacité de la convention avec certitude ; il s'agit de ces limitations de volonté implicites que seul l'évènement postérieur, resté hors des prévisions, fait ressortir consciemment, de ces présuppositions qui furent les données de l'hypothèse, de ce sans quoi l'on n'aurait pas voulu, et non pas de ce en considération de quoi on a voulu. Il s'agit donc d'une interprétation de bonne foi de l'acte, qui le replace dans son milieu, et c'est bien sous cet angle que l'envisage Demolombe, d'ailleurs non sans raillerie : « Le nombre est grand en effet, des promettants dont les combinaisons se trouvent déçues par le changement des circonstances, et qui ne recueillent que des pertes de la convention dont ils avaient espéré des bénéfices » (21). Mais plus que tout autre renchérit encore Laurent, au nom du Code civil qu'il interprète exclusivement à travers les principes libéraux, en haine de l'arbitraire du juge, mais aussi

(20) Aubry et Rau, § 302, n. 9, 5^e éd., IV, p. 98.

(21) Demolombe, XXVII, n° 16.

de son propre aveu contre la tradition de l'ancien droit et contre l'équité (22). Dès lors, la filiation de l'ancienne doctrine paraît perdue, et lorsque certains tribunaux, pour modifier le sens apparent d'une convention, invoquent les circonstances extérieures dans lesquelles elle est intervenue, M. Huc estime que « ce sont là des formules banales qui en réalité ne correspondent à rien », et la plupart des auteurs approuvent sans autre forme de procès la cassation de ces décisions (23).

Le courant d'opinion qui s'est manifesté en faveur de la toute-puissance de la convention a trouvé d'ailleurs pleine adhésion dans un arrêt très important de la Chambre civile de la Cour de cassation du 6 mars 1876 (24), qui condamne nettement l'ancienne jurisprudence : les faits de la cause étaient intéressants ; la date de la convention remontait au 16^e siècle. Il s'agissait d'obtenir une modification du taux de la redevance payée pour l'usage d'un canal d'irrigation ; cette redevance avait été fixée à cette époque à quinze centimes pour chaque arrosage d'une cartierade (environ 190 ares) ; il est vrai que, en outre, au moment de la création des conduites d'irrigation, les bénéficiaires avaient payé au propriétaire du canal un capital, puis promis un cautionnement ; et enfin la communauté des habitants s'était engagée

(22) Laurent, XVII, n° 471 ; v. aussi XVI, p. 238 ss.

(23) Huc, VII, n° 88 ; Planiol, II, n° 1184. Toutefois le terme de contrat successif s'est maintenu dans la littérature juridique pour désigner une classe spéciale de contrats (v. A. Colin et H. Capitant, *Cours élém. de d. civ. fr.*, Paris, 1914, p. 82 ; v. aussi Planiol, II, n° 1328, cité *supra*).

(24) D. 76. 1. 193 et la note (Trib. civil d'Aix, 18 mars 1841 ; Aix, 31 déc. 1873).

à ne rien faire payer au créateur dudit canal pour le passage dudit cours d'eau et à ne percevoir aucun impôt sur les revenus provenant des arrosages. Il était évident cependant que les contractants n'avaient pu prévoir les variations énormes de la courbe des prix à travers les siècles, et la hausse progressive de la main d'œuvre : des actes de prix de travaux de l'année 1636 prouvaient que, pour des travaux faits au canal, on avait payé 45,50 et 60 centimes une journée d'homme, et 20 centimes une journée de femme. L'insuffisance du chiffre de la redevance était déjà reconnue dans un rapport officiel transmis au gouvernement en 1778, puis dans une lettre du maire et des adjoints de la commune de Pélissanne du 8 floréal an X, et encore dans une série de mesures provisoires de l'autorité administrative (25), notamment un arrêté du 4 ventôse an XII du sous-préfet d'Aix, constatant que l'entreprise extrêmement utile finirait par être abandonnée et un autre arrêté du 22 ventôse an XII du préfet du département. Le tribunal civil d'Aix, s'appuyant sur l'ancienne autorité de Jullien, déclare « qu'il appartient à la justice de faire cesser cette iniquité en employant le seul remède possible vu la nature du mal, c'est-à-dire l'augmentation du droit d'arrosage » ; ainsi il relève la redevance à 30 centimes pour une première période et à 60 centimes pour une seconde, trouvant que cela reste dans les bornes équitables et raisonnables.

(25) V. d'ailleurs sur l'ensemble des documents administratifs, E. Bresson, *Le canal de Craponne et le droit adm. mod.*, Th. (Aix) Marseille, 1908, Appendice (v. par ex. la pièce 18, p. 61). Les promesses pour la communauté de Pélissanne, du 22 juin 1567 forment la pièce n° 7, p. 21.

Il convient de noter que la Cour d'Aix ne pouvait trouver dans les circonstances de l'espèce un moyen facile, et trop fréquemment employé, de tourner la difficulté de droit en invoquant l'impossibilité d'exécution et la force majeure (26) : car l'objet et la matière du contrat subsistent, et même le juge ne cherche qu'à lui rendre une vie nouvelle ; mais cette substitution de sa volonté à celle des parties est-elle admissible ? Oui, dit la Cour, parce que l'article 1134 du Code civil est inapplicable « aux contrats qui ont un caractère successif, et que en droit ces contrats, qui reposent sur une redevance périodique, peuvent être modifiés par la justice, lorsqu'il n'existe plus une corrélation équitable entre les redevances d'une part et les charges de l'autre ; que, dans l'espèce, la redevance due par les arrosants représente la jouissance successive des eaux du canal, ayant pour corrélatif l'entretien et les dépenses de ce même canal ; que du jour où cette égalité cesse la loi primitive du contrat est rompue et qu'il appartient aux tribunaux de rétablir l'égalité primitive ». Mais la Cour de Cassation n'accueillit pas cette thèse, elle cassa l'arrêt attaqué par ce motif que la règle de l'article 1134 « est générale, absolue, et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même que ceux de toute autre nature ».

(26) C'est ce qu'avait fait la Cour de Rouen dans son arrêt du 9 février 1844 (ci-dessus, n. 18), et c'est ce que fera plus tard la Cour de Lyon dans son arrêt du 10 mars 1908, *infra*. Nous avons déjà dit dans quels cas seulement il était exact de parler de force majeure entraînant impossibilité d'exécuter l'objet du contrat.

Cependant nous ne croyons pas que cette interprétation du contrat soit une interprétation de bonne foi ; l'arrêtiste s'efforce de prouver qu'elle n'est pas en opposition avec les pouvoirs d'interprétation du juge du fait ; s'il avait résulté, dit-il, « au moins implicitement » des clauses de l'acte « que les arrosants s'engageaient à payer une redevance représentant exactement les dépenses d'entretien faites par le propriétaire du canal, et que cette redevance, fixée d'abord à trois sols par carteirade, devait, dans l'intention des parties, augmenter ou diminuer selon les variations des frais d'entretien du canal, la Cour de cassation se serait arrêtée devant cette interprétation souveraine de la volonté des auteurs des parties en cause » ; mais l'affaire ne se présentait pas sous un jour aussi simple, et cette redevance ainsi fixée n'était pas le seul prix de la jouissance. Cependant on ne saurait nier, croyons-nous, qu'il y avait une certaine corrélation naturelle entre le taux de cette redevance et les dépenses d'entretien ; sans doute l'acte fixe, sans ambiguïté, un chiffre déterminé ; mais en résulte-t-il que l'argent, lui, ne changera pas de valeur ? Et tandis que la prestation de l'une des parties resterait à l'abri des fluctuations économiques, l'autre n'y serait pas soustraite ! Qui ne voit à quelles conséquences conduirait cette thèse après plusieurs générations ? Alors, pour se soustraire à une obligation perpétuelle, on ne sait plus indiquer d'autre moyen aux héritiers qui en seraient ainsi grevés que de renoncer à la succession de leurs auteurs, et d'essayer par là d'obtenir une modification amiable

des conditions primitives, « et ainsi l'équité pourra reprendre indirectement ses droits !... » (27).

Il n'est pas contraire, dit-on, au caractère du contrat commutatif, qu'il n'y ait pas une égalité mathématique permanente entre les prestations ; il y a des chances, bonnes ou mauvaises, qui dérangent l'équilibre établi ; mais, pour imprévus qu'ils soient, ces événements ne sont pas à considérer tant qu'ils ne renversent pas les bases du contrat ; il y a dans le Code civil un article 1313 qui refuse en principe aux majeurs le droit d'invoquer leur lésion pour se faire restituer. Sans doute, on ne peut admettre que pour un changement trop minime on organise autour du contrat des contestations incessantes, sur un accroissement peu important encore de dépenses ou de charges (*de minimis non curat prætor*) ; mais ici la convention est devenue un anachronisme dans l'ordre de choses présent, et on ne peut concéder au droit strict ce pouvoir d'organiser des situations fictives à l'écart de la vie. Il est vrai que cette antiquité même de la convention est invoquée en faveur de son respect : le souvenir de son sens vrai et de ses différentes clauses se sera perdu peut-être complètement, et alors en modifiant tout le contrat à raison de ce changement de l'une des obligations, « on risque de ne tenir au-

(27) V. la note Giboulot, au D. 76. 1. 193 ss. — M. Charles Gide (*Cours d'économie politique*, Paris, 1909, p. 70), propose ingénieusement d'utiliser la méthode des *Index Numbers*, fixant la mesure des prix : « Tels quels, dit-il, ils seraient déjà suffisants pour permettre de réaliser un projet très hardi qui consisterait à introduire dans les contrats de prêt ou de location à long terme les modifications rendues nécessaires par les variations justes de l'étalon monétaire. »

cun compte de ce que l'hypothèse elle-même a pu être prévue à l'origine, sans être formellement énoncée, par les parties contractantes qui l'avaient prise en considération pour fixer leurs obligations respectives..... Qui pourrait dire, après trois siècles, quels étaient à l'origine d'une manière précise, eu égard à la condition des personnes et des terres, les avantages respectifs de la convention à l'égard de chacun des contractants, et surtout quelle importance relative pouvait avoir, soit pour la communauté, soit pour le créateur du canal, le prix de la redevance d'arrosage » ? Tout cela prouve peut-être que la convention aurait dû être modifiée plus tôt, mais non pas qu'elle ne devait point l'être : l'hypothèse d'une somme ainsi fixée à forfait à travers les variations des prix dans l'histoire est sans rapport avec la réalité ; on ne peut disconvenir que dans un autre *status* les termes du contrat auraient été tout autres, ni que dans l'espèce ce changement était assez grave pour permettre l'intervention du juge. Voici en effet qu'on ne sait plus dire quel sens ont eu ces volontés, après trois siècles écoulés, *in alium plane statum* ; assurément leur empire est fini, c'est du droit mort.

Malgré toutes les dénégations, on saisira ici l'une des phases de cette éternelle lutte qui se poursuit entre le *droit strict* et l'*équité* ; sans doute personne ne recommande plus l'examen grammatical et littéral des actes, mais on met en garde le juge de trop oublier la lettre pour l'esprit : *optima lex, quæ minimum arbitrio judicis relinquit; optimus judex, qui minimum sibi*. On ajoute que, dans les articles 1156 et ss. du Code civil concernant l'interprétation des

conventions, aucun renvoi n'est fait à l'équité, et qu'aucun texte n'attribue au juge le rôle d'amiable compositeur que l'art. 1019 du Code de procédure civile permet aux parties de conférer aux arbitres qu'elles ont choisis. On ne veut pas ici rechercher dans le détail de quelle manière le Code civil maintient la balance entre les exigences du droit strict et les atténuations d'équité. Mais à côté du texte de principe, si souvent cité, de l'art. 1134, il ne faut pas cependant escamoter un autre texte, tout aussi général, celui de l'article 1135 (28), où il est question du respect de « ces suites que l'équité donne à l'obligation d'après sa nature ». Il n'est pas arbitraire d'y rattacher l'influence de la clause *rebus sic stantibus* dans les contrats successifs, et par là même on transforme une vague notion d'équité en une catégorie juridique aux contours précis, et de la sorte la Cour de cassation pourrait intervenir dans l'interprétation sans violer sa distinction célèbre des questions de droit et des questions de fait.

Et ce qui prouve que cela n'est pas arbitraire, c'est que la science italienne l'a fait sur l'article 1124 du Code civil italien, qui correspond à notre article 1135 (*I contratti debbono esserè eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano*), et bien que l'article 1123 de ce Code s'exprime aussi fortement que notre article 1134 (*I contratti legalmente formati hanno forza*

(28) Sur la signification de cet article dans la doctrine classique, v. E. Gounot, *Th. cit.*, p. 173 ss., et sur son sens véritable, p. 192 ss.

di legge per coloro che le hanno fatti). La jurisprudence italienne a fait intervenir la clause surtout dans les contrats de dotation perpétuelle des théâtres par les communes, et encore dans les concessions communales d'éclairage au gaz (29). C'est, semble-t-il, la Cour d'appel de Parme, dans une décision du 8 mai 1885 (30), qui rappelle aux juristes contemporains le principe que « si un contrat ayant pour objet une obligation dont l'accomplissement, en raison de sa nature, ne peut avoir lieu dans le présent par un ou quelques actes, mais doit se prolonger longtemps par actes successifs et répétés, et parfois à perpétuité, a subi, par circonstances extraordinaires survenues dans le cours du temps, des modifications telles que la base des rapports juridiques que les parties entendirent stipuler est radicalement changée, dans leur intérêt respectif on doit enrayer ces conséquences dommageables qui peuvent dériver de telles modifications, en se reportant à l'état de choses sous l'influence duquel le contrat fut conclu. Cette contingence n'échappa pas à la sagesse du législateur romain qui, pour la discipliner selon la justice et l'équité, décida que la portée d'un contrat doit être évaluée selon le temps dans lequel il fut stipulé, non pas à une époque postérieure : *in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*. Ce sont ces règles qui furent synthétiquement résumées dans la formule *rebus sic stantibus*, pour mettre en relief

(29) Gabba, loc. cit., p. 195 ; Barsanti, loc. cit., n° 28, p. 33.

(30) App. Parme, 8 mai 1885, Giur. Tor., XXII, p. 577 ss. (Comm. de Gênes c. Palchisti (propriétaires de loges) du Théâtre Carlo Felice).

cette idée que dans les contrats dont l'exécution doit se prolonger longtemps et parfois à perpétuité, il est toujours implicitement entendu que leurs effets se doivent mesurer selon le temps dans lequel ils furent stipulés pour ne pas les étendre à des conséquences exorbitantes de l'intention des contractants ». Un peu plus tard, la Cour d'appel de Venise rappela à son tour que « l'ancienne doctrine italienne (Bartole, Mantica, Fierli, Poggi, etc...) distinguait les contrats qui *nullam habent dependentiam de futuro* et par conséquent se consomment *unico momento*, de ceux qui *tempus successivum habent*, et ces derniers s'entendaient stipulés *rebus eodem statu manentibus*. L'équité, sinon le droit, disait la Cour, peut vouloir qu'on tienne compte des modifications que le temps, dans ses mouvements d'évolution, apporte aux contrats » (31). Enfin récemment la Cour de Cassation de Turin, dans une sentence mémorable (32), a retenu cette fois que c'est un principe de logique juridique que toute obligation se doit entendre contractée *rebus sic stantibus* (*è principio di logica giuridica che ogni obbligazione si deve intendere con-*

(31) App. Venise, 16 avril 1895, Giur. it. 95, I, 2, 305. V. les citations de Fierli (*Theorica Bartoli*, Florence, 1801, p. 152) et Poggi (*Sistema livellare*, II, § 295, ch. III), dans Barsanti, loc. cit., n° 16, p. 22 s., avec des décisions de la même époque de la *Rota* de Rome et de celle de Florence. V. encore le développement de la doctrine en Italie dans Luchini, *Questioni di diritto*, Florence, 1898, p. 442 ss.

(32) Cass. Turin, 19 nov. 1898, Giur. it., 1899, I, 1, 22 : il s'agissait d'un contrat à long terme par lequel la commune de Casale (Monferrato) était dans l'obligation de donner un certain nombre de représentations théâtrales annuellement dans cette ville. V. déjà App. Casale, 17 mars 1896, Giur. it., 96, I, 2, 213.

tratta r. s. s.), et que si surviennent des changements tels qu'ils rendent presque impossible ou extrêmement onéreuse l'exécution (*quasi impossibile o enormemente pregiudicevole*), le débiteur peut être délié; il est clair que si l'état de choses change, cela veut dire qu'est changée la base sur laquelle furent élevés les rapports que les parties entendirent stipuler; autrement, on finirait par les déclarer liées *ad non cogitata*, ce qui serait évidemment inique. Ceci vaut, raisonne la décision, spécialement pour les lois modernes qui n'ont pas la notion romaine du contrat de droit strict; les contrats doivent se soumettre à l'empire de la loi civile, et aussi de la loi morale; cette équité, qui doit tempérer les contrats défend que l'une des deux parties puisse profiter de certaine contingence impossible à prévoir, qui est survenue, pour imposer à l'autre un mode d'exécution de son obligation qu'elle n'aurait pas acceptée. La même Cour est revenue peu après sur le même principe, décidant que dans les contrats à long terme, et qui ont *dependetiam de futuro*, la clause *rebus sic stantibus* est toujours sous-entendue; « et l'iniquité manifeste qui de l'exécution du contrat lui-même retomberait sur l'un des contractants, peut donner lieu, non seulement à des modifications de ses obligations, mais même à la résolution du contrat » (33).

(33) Cass. Turin, 16 août 1900 (Comm. de Modène c. Palchettisti du théâtre communal), *Foro ital.*, 1901, I, 736; *La Legge*, 1900, II, 800.

II

LES DOCTRINES MODERNES DU DROIT PUBLIC

A). — LE CONTRAT ADMINISTRATIF.

1. — *Autour du Contrat de droit public.*

L'étude historique nous a débarrassés de ce préjugé moderne de la doctrine du contrat, qui ne voit dans la clause *rebus sic stantibus* qu'un dernier résidu d'arbitraire, que le droit public n'a pu éliminer. Cependant il est opportun de noter que les anciens écrivains appliquèrent toujours plus volontiers la clause aux contrats de droit public, à cause de la force supérieure des changements de l'intérêt public ; c'est ce qu'écrivait notamment Schilter (1), fidèle en général à la formule de Grotius : « *Ex formula rebus sic stantibus limitari solent conventiones et promissa imprimis etiam principum, quum status publici mutatio majorem vim habeat, quam privatorum* ». L'application de la doctrine fut même faite d'une manière toute spéciale aux lois et actes de l'Empire, capitulations, bulles d'or, concordats, etc., par une dissertation pos-

(1) *Institutionum jur. publ. rom.-german. libri duo*, Strasbourg, 1697, III, t. 3. § 3.

térieure de J.-H. Eberhard (1775) (2), et aussi dans les diverses parties du droit public, féodal, canonique, international, etc... Il est vrai que l'ancienne doctrine du droit public usa bien plus volontiers du contrat comme moyen de construction (3) ; l'idée moderne de l'Etat ne peut lui laisser qu'une place bien plus restreinte, et il ne manque pas à ce sujet d'écrivains qui, adoptant une attitude plus radicale, ne lui font même plus de place du tout.

Sans doute il arrive que l'autorité administrative, dans la gestion de son patrimoine, s'assimile aux particuliers avec qui elle entre en rapports ; elle dépouille son caractère d'autorité et recourt au droit privé ; cette hypothèse reste hors de notre champ d'études : nous supposons l'Etat être administratif procédant à des fonctions de droit public : peut-il se lier par contrat ? L'acte administratif, qui engage la puissance publique, n'est-il pas nécessairement un acte unilatéral (4) ? On a noté bien souvent que la volonté publique a une supériorité d'énergie sur la volonté privée, et cela n'emporte-t-il pas par soi seul négation de la thèse contractuelle, car le contrat suppose un certain niveau d'égalité entre les deux parties ? Et d'autre part si cette volonté publique est plus puissante, elle est aussi moins libre, car elle est déterminée par

(2) *Drei Abhandl. zur Erläut. der deutschen Rechte, I, von der Clausel r. s. s., besonders von deren Anwendung auf die deutschen Reichsgesetze und Geschäfte*, Francfort et Leipzig, 1775 (analyse dans Pfaff, op. cit., p. 39 ss.).

(3) Jellinek, *die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Vienne, 1880, p. 19.

(4) Sur cette distinction des actes administratifs et des actes juridiques privés, v. S. Romano, *Principii di dir. ammin. ital.*, Milan, 1906, n°s 36, 607.

une finalité très spéciale à réaliser, elle n'a d'autre rôle que de déclarer l'intérêt public ; elle n'a pas, comme le sujet du droit privé, cette faculté de disposer de son droit, d'organiser ses intérêts en toute liberté et selon son génie propre. Ainsi le droit public ne peut nous apparaître que sous la forme d'un droit statutaire, fixant avec précision les droits et les obligations de l'être public : quelle place y aurait-il là pour un contrat ?

Cependant dans ce statut de l'autorité publique, il convient de distinguer divers champs d'activité, et ce classement des rapports possibles du citoyen et de l'Etat a conduit Jellinek (5) à admettre la possibilité d'un contrat de droit public.

A). — La personnalité des citoyens peut être seulement une limite à l'action de l'Etat, et dans cette situation l'inégalité juridique est en effet complète ; devant la volonté impérative de l'Etat, le citoyen n'a rien autre à faire qu'à se soumettre : c'est pour lui un état passif où l'Etat exerce ses droits de suprématie pour en tirer telles prestations convenables à ses fins (*status passivus, status subjectionis, Leistungen an den Staat, diritti di supremazia*).

B). — Cependant à l'individu est réservée une certaine sphère d'indépendance parce que l'Etat est

(5) *System der subjektiven öffentlichen Rechten*, Fribourg, 1892, p. 198 s. ; v. aussi S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, Milan, 1897, p. 32 ss. ; *Principii di dir. ammin. ital.*, n° 27.

obligé de compter sur la libre initiative des citoyens pour le développement des forces sociales, qu'il comprend bien ne pouvoir toutes concentrer entre ses mains : c'est là un état négatif, où la puissance des êtres publics ne peut empiéter sur les droits de liberté (*status negativus, status libertatis, Freiheit vom Staat, diritti di libertà*).

c). — Puis on voit les êtres publics s'obliger dans l'intérêt des citoyens, qui obtiennent selon l'opportunité un droit à des prestations diverses : de ces avantages économiques ou sociaux, l'Etat espère que ses membres tireront un profit qui se répercutera sur l'état général du pays : c'est un état positif, qui entraînera la constitution de droits civiques au profit des gouvernés (*status positivus, status obligationis, Forderungen an den Staat, diritti civili*).

d). — Enfin, au sommet de cette ligne ascendante où la personne humaine voit son pouvoir sans cesse s'accroître, sa volonté va se transformer en volonté de l'Etat lui-même : c'est le rapport de coopération du citoyen à l'Etat, grâce auquel les organes publics suprêmes refléteront les tendances générales de la société : c'est l'état actif où les citoyens exercent leurs droits politiques (*status activus, Leistungen für den Staat, diritti politici*).

Or, dans le *status libertatis*, nous voyons un citoyen qui n'est pas tenu, selon le droit positif, à obéir, qui, d'autre part, ne peut encore prétendre à une obligation positive de l'Etat envers lui-même : l'*imperium*

ne peut s'exercer, il n'y a ni droits ni devoirs, et donc il y a possibilité d'un contrat de droit public (6).

Cependant, même dans ce cas où l'une des volontés apparaît comme non sujette à l'autre, il y a des auteurs qui pensent que la nature des deux parties reste trop différente pour qu'on puisse entrevoir entre elles la possibilité d'un commerce harmonique. L'acte administratif est un acte de puissance publique : c'est l'œuvre d'un être public, et il est inconséquent que les particuliers puissent y participer pour leurs intérêts. Il semble qu'il faille dire que l'acte administratif est parfait dès que l'autorité administrative l'a émis ; il est vrai que cet acte peut voir ses effets dépendre de l'acceptation du citoyen, ainsi la nomination à une charge publique. Mais cela n'en affecte pas le caractère unilatéral, car la volonté du citoyen ne joue qu'un rôle négatif : son acceptation ou son refus, c'est un nouvel acte juridique qui, au regard de l'acte administratif, représente la vérification ou la non-vérification d'une condition ; d'ailleurs c'est au jour de la nomination que l'administration est engagée, alors que le moment de la perfection d'un rapport contractuel n'a lieu qu'à l'échange des consentements (7). Une figure analogue se trouve, dit-on

(6) G. Pacinotti, *Saggio di studii su i negozi giuridici di dir. pubbl.*, Arch. giur., t. 71 (3^e S., I), 1903, p. 207 s., 237 ss.

(7) De même c'est au jour où le particulier s'engage, et ce peut-être avant que la concession soit accordée, qu'il serait obligé ; le Conseil d'Etat (31 janv. 1873) a décidé qu'une Compagnie d'éclairage au gaz qui a commencé à exécuter le traité ne peut se délier de ses engagements, et refuser de continuer l'exécution du marché en arguant du défaut d'approbation de l'autorité supérieure (Pilon, *Monopoles communaux*, Th. Caen, 1899, p. 70, n. 1., p. 110 s.).

en droit privé, dans le testament, suivi de l'acceptation ou répudiation y relative : ainsi, dans la concession administrative, d'une part l'administration donne librement des droits, et c'est un acte unilatéral de droit public ; et, d'autre part, la personne privée assume des obligations que la concession n'a pu encore lui imposer, et c'est un acte unilatéral de droit privé (8).

On ajoute qu'il ne suffit pas qu'un acte nécessite le concours de deux personnes, et c'est le cas le plus fréquent en droit, pour qu'on puisse parler de contrat : ainsi, dit-on, en droit privé, le mariage, l'adoption ne sont pas des contrats (9) ; la situation d'un fonctionnaire, de même, n'a qu'une apparence contractuelle ; en réalité, c'est une situation d'état. Or, ne doit-on pas assimiler au fonctionnaire le concessionnaire d'un service public qui serait aussi un collaborateur choisi par l'administration pour exercer des droits domaniaux de puissance publique ? A vrai dire, cette assimilation paraît bien peu fondée, car, suivant la remarque exacte de M. Jèze (10), le fonctionnaire entrant en service se place sous la loi générale de ce service, alors qu'à chaque concession correspond une loi particulière contenue dans un cahier

(8) Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Turin, 1894, p. 103.

(9) Romano, *Principii di dir. amm. ital.*, n° 39. Peut-être pensera-t-on qu'il y a lieu de faire quelques réserves, à raison de la forme contractuelle initiale : il y a mélange de statut et de contrat.

(10) Nature juridique de la concession de service public et du cahier des charges de la concession, *Rev. du dr. public*, XXIV, 1907, p. 682. Comp. (contre l'idée de contrat) H. Nèzard, *Théorie jurid. de la fonction publique*, Th. Paris, 1901, p. 264.

des charges : cette loi particulière, s'opposant à la loi générale, c'est bien le contrat tel que le désignent les civilistes. Il n'en serait rien cependant pour M. Duguit ; le cahier des charges est, à ses yeux, un acte réglementaire ; mais si l'on veut suivre cet auteur, il faut se faire une idée du contrat beaucoup plus étroite que celle généralement admise (11) : « Le propre du contrat, dit-il, est de ne produire d'effet qu'entre les parties contractantes, de créer une situation juridique subjective, c'est-à-dire individuelle et momentanée. Ici, au contraire, les dispositions sont faites avant tout en vue du public qui use du service public : elles sont générales et permanentes ». Cependant, M. Duguit reconnaît plus loin qu'il y a eu, pour parvenir à l'établissement de cet acte, une entente commune entre l'autorité concédante et le concessionnaire. Voici donc un point de vue moins unilatéral : il y a eu entre les deux parties, non pas seulement « quelque chose qui ressemble à un échange de consentements » (12), mais bien un contrat. Ce contrat, il est vrai, est une sorte de charte générale qui va déterminer toute une série de situations ; que les particuliers qui auront à user du service public se trouvent dans une situation purement réglementaire vis-à-vis du concessionnaire, c'est là, on en conviendra, une tout autre question (13). Mais entre le concédant et le con-

(11) Les particuliers et les services publics, *Rev. du dr. public*, XXIV, 1907, p. 428 et surtout *Tr. de dr. const.*, I, p. 171.

(12) Rolland, *Rev. du dr. public*, XXVI, 1909, p. 520.

(13) C'est ce que fait bien ressortir M. Hauriou, note S. 1907. 3. 37 : « Dans les rapports de l'administration et du concessionnaire, il y a contrat ; vis-à-vis des administrés, il y a situation réglementaire. »

cessionnaire, il y a eu des tractations aboutissant à un accord, et il nous semble impossible de négliger absolument cet aspect formel du problème ; sans doute, c'est un contrat à long terme, un contrat générateur d'état, mais c'est là un type qui nous est connu : la concession est un contrat successif, et si l'on veut maintenant en donner une idée tout à fait complète, on ajoutera que c'est un contrat de droit public.

Expliquons ce terme par l'examen des obligations corrélatives : celles du concessionnaire sont bien définies et sanctionnées, mais celles de l'administration ? Il y a des hypothèses où la personne administrative s'engage, non pas seulement à des obligations pécuniaires (subventions, garanties d'intérêt, etc...), mais à de véritables obligations de droit public : notamment elle s'interdit de révoquer la concession pendant un certain délai, ou encore de donner une concession semblable à d'autres entrepreneurs. « Or, dit-on, la puissance publique peut se lier dans la mesure où cela est compatible avec l'intérêt public... Il résulte de ce principe les deux conséquences suivantes : d'une part la personne administrative peut s'engager à ne pas révoquer pendant un certain délai la concession, et, au bout de ce délai, à ne la révoquer qu'avec indemnité. En un mot, elle peut transformer son droit de révocation en faculté de rachat. Cet engagement est valablement contracté par la commune : il est, en effet, de l'intérêt bien entendu des communes que la concession dure un certain temps ; c'est une garantie que l'entrepreneur exploitera utilement le service public. Mais, d'autre part, la clause de rachat est essentielle au traité, parce que l'intérêt public peut exiger

qu'on mette fin à une concession qui, si elle durait trop longtemps, lui causerait préjudice » (14). En effet, il s'agit d'une concession de l'exercice des droits de puissance publique : elle est essentiellement temporaire ; « ces droits de puissance publique doivent, en effet, être exercés dans le sens de l'utilité générale, et il ne faut pas que de simples intérêts privés viennent en paralyser l'exercice. C'est pourquoi si, dans ses actes de gestion, la commune peut se lier, elle doit se lier le moins possible » (15). Donc, si la faculté de rachat n'a pas été stipulée dans le traité, la personne administrative peut néanmoins l'exiger ; et d'ailleurs elle ne pourrait y renoncer dans le traité, parce que ce serait faire l'abandon de ses droits de puissance d'une manière complète et irrévocable. Allons encore plus loin : en principe, la faculté de rachat est soumise à l'exigence de certaines conditions ; la commune peut-elle faire le rachat en dehors de ces conditions dans un intérêt public ?... Oui, selon quelques auteurs (16) : ces conditions de rachat ne peuvent constituer un véritable droit en faveur du concessionnaire, et, bien qu'elles perdent ainsi toute leur raison d'être et deviennent absolument inutiles, on doit admettre la puissance publique à exercer son droit en dehors des conditions prévues au traité. Sinon, ce serait une renonciation du pouvoir public à ses droits, un assujettissement de l'intérêt public à l'intérêt privé, un empêchement pour la personne administrative de réaliser ses fins supérieures. Dans cette défense exas-

(14) Pilon, *Th. cit.*, p. 83 s.

(15) Pilon, *Th. cit.*, p. 159.

(16) Pilon, *Th. cit.*, p. 196 ss.

pérée de l'indépendance de la puissance publique, on en arrive donc à dire qu'il ne suffit pas que la commune se lie le moins possible envers un concessionnaire, il faut qu'elle ne se lie pas du tout : le système de la concession doit alors faire place à celui de la régie (17).

Seulement c'est là un procès de tendance et non une analyse exacte du régime de la concession : de celui-ci, on donne une idée plus juste en disant qu'une commune qui concède à un entrepreneur l'exercice de ses droits de puissance publique, en arrive à « battre monnaie avec ses droits de puissance publique... Pour l'entrepreneur, la concession vaut de l'argent ; c'est le paiement de son prix d'après les bases fixées par le traité » (18). Mais alors la corrélation contractuelle n'est-elle pas complète ? D'une part la concession, et d'autre part les obligations du concessionnaire ; cependant, dit M. Pilon, il n'y a pas là un contrat bilatéral d'où naissent des créances et des dettes : « Il faut remarquer en effet que si la concession est la *causa obligationis* du concessionnaire, les obligations du concessionnaire ne sont pas la cause de la concession. Celle-ci a sa cause dans la poursuite d'un but d'utilité publique, et l'obligation du particulier est seulement pour elle le moyen d'atteindre ce but. La concession, ayant pour fin directe l'intérêt public, est donc un acte de puissance publique, c'est-à-dire un acte unilatéral émanant de l'administration qui déclare sa propre volonté. Dire que c'est un acte bilatéral, c'est admettre qu'un particulier peut contri-

(17) Pilon, Th. cit., p. 198.

(18) Pilon, Th. cit., p. 81.

buer à la constitution d'un acte de puissance publique, ce qui est inadmissible » (19). Mais cette appréciation de la figure juridique de l'acte nous paraît erronée ; si l'on veut, dit très bien M. Pacinotti, étudier la matière des actes juridiques et adopter en droit public ce nom créé par le droit privé, il faut en accepter tout élément particulier dans sa valeur désormais fixée, sans en altérer le moins du monde l'acception juridique : autrement on crée des choses différentes sous un même nom, et il en résulte une confusion pernicieuse (20). Selon la doctrine la plus sûre, la considération du but et de la fonction objective de l'acte n'est pas la cause, mais un motif de l'acte juridique, c'est-à-dire fait partie de ces représentations intellectuelles qui engendrent la série des actes de volonté, lesquels aboutissent à la cause au sens étroit ; quelle est, en effet, cette cause ? La cause, c'est pour le concédant la réalisation des obligations et charges du concessionnaire ; et pour le concessionnaire, c'est la jouissance et l'objet de la concession ; l'inexécution des obligations entraîne résiliation du contrat également contre les deux parties. « Sans nul doute, écrit aussi M. Guillouard, et c'est là l'origine de la confusion, la notion de l'intérêt public plane sur tout le droit administratif, mais nous croyons que cet intérêt public est le motif, les prestations de l'autre contractant sont la cause de la convention » (21).

(19) Pilon, *Th. cit.*, p. 67 s. ; Ranelletti, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrativi*, *Riv. ital. per le sc. giur.*, XVII, 1894, n. 51, p. 330.

(20) Pacinotti, *loc. cit.*, p. 213.

(21) *Th. cit.*, p. 307. La clause *rebus sic stantibus* pourra être invoquée aussi par les deux parties : « ainsi lorsqu'un

Mais si cette attribution, qui est faite à un entrepreneur de l'organisation d'un service public, en définitive, tourne au contrat (*incidit in contractum*), en conclura-t-on que les obligations de part et d'autre devront demeurer sans changement pendant tout le cours de la convention ? Il suffit ici de remarquer que la concession est un contrat successif ; ce contrat, envisagé comme une sorte de charte générale, détermine toute une série de situations, et en raison de son caractère de permanence ne peut plus à un moment donné s'adapter aux circonstances nouvelles dans sa forme originale ; alors il subira l'influence de la clause *rebus sic stantibus*. Il faut supposer, en effet, que les prévisions initiales sont dépassées ; et il est facile de déterminer ici les présuppositions et les bases de l'acte, car la volonté publique n'a pas l'arbitraire de motifs d'une volonté privée ; si nous refusons de voir, dans l'intérêt public, la cause juridique de la concession, on ne peut douter qu'il soit le but primordial de la détermination du pouvoir concédant ; avec le changement de l'état de fait, si la déclaration n'est plus en harmonie avec l'utilité générale, l'autorité administrative pourra donc réagir (22). Y a-t-il là une voie ouverte à l'arbitraire ? Nullement, en principe, mais bien au contraire assurance précieuse de

entrepreneur s'est engagé à construire une église, et que la commune ne le met en demeure de commencer ses travaux qu'après un délai de neuf ans, sans qu'il soit allégué que ce retard puisse être imputé à l'entrepreneur, celui-ci est fondé à soutenir que les conditions dans lesquelles il s'était engagé ont été complètement modifiées, et à demander en conséquence la résiliation de son engagement » (C. d'Et., 24 nov. 1876, D. 78. 5. 460 ; comp. aussi 1^{er} juillet 1881, D. 83. 3. 4.).

(22) G. Pacinotti, loc. cit., p. 212, 215, 254.

bon gouvernement et garantie du but administratif pour tous les citoyens : la clause *rebus sic stantibus* donnera à l'administration le pouvoir de réaliser les améliorations conformes à l'intérêt public, et notamment lui permettra de maintenir dans leurs justes limites les privilèges et monopoles obtenus à d'autres époques par les concessionnaires de services publics ; mais, inversement, le concessionnaire s'en servira pour préserver les avantages corrélatifs résultant des prévisions contractuelles, dans l'hypothèse où l'autorité concédante remanierait véritablement l'organisation du service qui lui est confié. Le contrat successif a créé une situation qui évoluera avec le temps, le milieu et les besoins nouveaux ; chaque terme de cette évolution devra marquer une adaptation du contrat, de telle manière que le système de prestations respectives se maintienne dans l'équilibre économique naturel.

2. — *L'exemple des concessions d'éclairage en droit italien.*

Un très grand nombre de communes italiennes avaient passé avec des sociétés étrangères des contrats assez désavantageux, qui confiaient à celles-ci, pour une durée presque séculaire, le service de l'éclairage public au gaz, avec un ensemble de clauses et conventions diverses impliquant privilège et même monopole pour l'éclairage des particuliers. Les auteurs agitèrent la question de savoir si ces communes n'avaient pas dépassé leurs pouvoirs ; aucune loi

n'existe autorisant la création de monopoles de droit, et tout le monde reste libre d'organiser chez soi un système d'éclairage particulier ; mais en fait les entrepreneurs de sociétés d'éclairage devant utiliser la voie publique pour la distribution de la lumière, sont obligés d'en référer aux communes, eu égard à leur droit de police (1). Or, quelle est l'étendue de ce droit de police ? Les rues et places publiques sont, sans doute, des biens d'usage public, inaliénables, imprescriptibles, insusceptibles de propriété privée, hors du commerce ; ils n'appartiennent pas à la commune, ils sont *res nullius* ; tous les citoyens ont droit, dit-on, à leur usage, et tout le pouvoir de la commune est d'en régler, mais non d'en empêcher l'exercice (2). Dès lors, comme la propriété du sol emporte selon le Code civil celle du dessus et celle du dessous, *l'universitas* des citoyens, c'est-à-dire tous les citoyens *uti singuli*, peuvent prétendre à la jouissance du sous-sol ; « et si les droits d'usage public sont la libre circulation, l'air et la lumière, desquels la commune peut régler, mais non empêcher ni supprimer l'exercice, ne le sont pas moins par exemple ceux de canalisations d'eaux, d'évacuation des matières de rebut, de transmission possible de la lumière par conduites, de communications souterraines, tout cela n'étant que l'exercice des

(1) Pilon, Th. cit., p. 27.

(2) C. Cesarini, *L'illuminazione pubblica e privata e la nuova legislazione 1894-95 sulla trasmissione a distanza dell'energia elettrica*, Florence, 1903, p. 26 (ouvrage auquel nous empruntons notre documentation, mais dont les thèses furent si discutées ; v. Luchini Odoardo, *La monografia di C. Cesarini e i suoi confutatori*, Florence, 1903). Bibliographie italienne dans Cesarini, op. cit., p. 22, n. 1.

fonctions ordinaires de la vie du peuple renfermé dans l'enceinte de l'habitat. Comme le sol en fait est destiné au passage des personnes, des animaux, des véhicules, ainsi, selon les diverses coutumes des lieux, le sous-sol peut être destiné au passage de l'eau potable, des égouts, de moyens d'éclairage, et autres usages que les exigences de la civilisation actuelle ont établis, spécialement dans les grandes villes » (3).

Cette argumentation nous paraît peu heureuse ; certainement la commune n'est pas plus propriétaire du sous-sol que du sol des voies publiques ; mais les avantages que les citoyens peuvent retirer de l'un et de l'autre ne sont pas non plus de même nature, et leur jouissance ne se comprend pas de la même manière : du sol, ils retirent la libre circulation, l'air et la lumière, autant de droits individuels qui font partie du statut de liberté, et que l'administration, c'est là tout son rôle, n'a qu'à respecter et à ne pas suspendre ; dans le sous-sol, il est exact que la vie contemporaine des grandes cités a accumulé des moyens de vie collective très précieux ; ainsi le citoyen attend légitimement de la ville l'organisation d'un système de canalisation d'eaux, de transport d'éclairage, d'enlèvement des ordures, etc... ; mais cela rentre dans le statut d'obligation de l'administration, qui doit créer à cette fin des services et organiser des moyens d'y pourvoir. Or, elle peut assumer en régie ces entreprises, et elle a alors le droit de refuser à tout autre le passage de canalisations sur la voie publique (4), mais ce qu'elle fait pour elle-même, elle peut le faire

(3) Cesarini, *op. cit.*, p. 28.

(4) Pilon, *Th. cit.*, p. 38 ss.

au profit de ses concessionnaires : on ne peut douter qu'il n'y ait une véritable impossibilité matérielle à mettre le sous-sol des villes à la disposition de chacun (5) ; aussi les communes n'ont-elles jamais procédé que par voie de concession (6), impliquant qu'il ne s'agit pas, comme pour la simple autorisation, de l'activité juridique de l'administration limitant seulement les sphères d'activité des intérêts particuliers, et restituant de véritables droits individuels dont l'exercice était seulement suspendu pour cause d'intérêt général ; ici son activité sociale rompt l'équilibre dans un but positif de progrès et donne à une personne des droits nouveaux (7), car, en tant que citoyen, elle n'avait pas encore le droit au libre usage du sous-sol. On peut soutenir sans doute que la concession en monopole réalisera mal les fins d'intérêt public que la commune doit sauvegarder, mais on ne peut dire que les citoyens *uti singuli* puissent réclamer autre chose qu'une bonne organisation du service général.

Seulement parce que la liberté absolue est irréalisable, ce n'était pas une raison pour donner au monopole une portée qu'il n'avait pas, et pour interpréter le contrat d'une manière tout à fait déraisonnable ; ce fut cependant ce qui arriva. Le droit exclusif de poser des canalisations souterraines, on demanda de l'entendre comme un droit portant sur la voie publi-

(5) R. dalla Volta, *La municipalisation des services publics*, *Rev. de sc. et de législ. fin.*, II, 1904, p. 247.

(6) C'est ce que fait bien remarquer un arrêt de la Cour de Gênes, 19 mars 1878 (aff. Union d. Gaz c. Soc. coop.), *apud* Cesarini, *op. cit.*, p. 10.

(7) J'emprunte ce criterium de l'autorisation et de la concession à Guillouard, *Th. cit.*, p. 250 ss.

que en général, sol, sous-sol et partie aérienne ; la concession de l'éclairage au gaz, on demanda de l'étendre à l'électricité, pour organiser un monopole de la lumière analogue à celui de l'eau. Et surtout, par une confusion complète de toutes les données du problème, on voulut rendre complètement solidaires l'éclairage public de la ville et l'éclairage privé des habitants (8) ; cependant la distinction était élémentaire : la ville se décharge sur une Compagnie privée du soin d'éclairer les rues et places publiques ; c'est là une entreprise propre qui a son objet, son prix et toutes ses conditions ; la ville accorde-t-elle un monopole à cette Compagnie, c'est un mode de paiement que cette garantie ; elle assume une obligation de consommer l'éclairage fourni pendant la durée de la concession ; elle ne peut se désintéresser du sort du service public, auquel elle a donné pour son intérêt cette figure juridique d'organisation. Sans doute les fins supérieures de l'intérêt public ne peuvent être sacrifiées ; un contrat ne peut empêcher la commune de remplir ses fonctions de droit public ; les administrateurs conservent toujours le droit de pourvoir pour le mieux selon leur opinion aux services publics, et de réaliser les innovations industrielles à l'avantage de leurs administrés ; ils peuvent donc, malgré la concession antérieure de l'éclairage au gaz, accorder une concession d'électricité ; et le juge n'a pas compétence pour prononcer la nullité de cette nouvelle concession, ni pour ordonner la remise des choses dans l'état antérieur ; mais il peut condamner la

(8) Cesarini, *op. cit.*, p. 35 ss.

commune à la réparation des dommages envers le premier concessionnaire, à raison du trouble apporté aux prévisions contractuelles (9).

Mais quelle est maintenant la nature de la stipulation de la ville concernant l'éclairage privé des habitants ? Elle ne peut en aucune manière lier leur liberté, et engendrer à leur égard une obligation de consommer : ils peuvent préférer au gaz l'huile ou le pétrole, sans que la Compagnie puisse formuler à ce sujet une réclamation ; le droit exclusif de faire passer des canalisations dans le sous-sol fut compris par la commune comme un excellent système d'économie pour faire bénéficier ses habitants du même mode d'éclairage qu'elle se donnait ; ce n'est en aucune manière un corrélatif nécessaire du monopole public, car les Compagnies ne peuvent en tirer qu'un avantage éventuel, puisque manque absolument « toute ombre d'obligation quelconque de la part des particuliers » (10). Et, en effet, comment les citoyens pourraient-ils être obligés ? Non par une gestion d'affaires, quand elle tournerait à leur détriment ; et si l'on y veut voir une stipulation pour autrui des adminis-

(9) C'est ce que décidèrent notamment les Chambres réunies de la Cour de Cass. de Rome, 10 août 1892 (Annali, 92. 2. 168), et encore le 12 août 1902 (Temi, 1902, 674), dans l'affaire de la commune de Venise, qui avait, sans le consentement de la Compagnie Lyonnaise, installé des becs Auer : la Compagnie ne peut demander la remise des choses dans l'ancien état, mais seulement des dommages-intérêts ; la commune accomplit une fonction d'intérêt public « *che nessun contratto poteva toglierli senza attaccare nella sua radice quell'ius imperii che la legge riconosce ai comuni nelle materie attinenti ai pubblici servizi* ». V. aussi App. Turin, 10 févr. 1894 (Annali, 28. 3. 151), et Cass. Turin, 30 oct. 1894 (commune d'Intra), *apud* Cesarini, op. cit., p. 16 s.

(10) Cesarini, op. cit., p. 37.

trateurs de la commune, alors les habitants peuvent ou non en tirer parti à leur convenance. Or si la commune n'a pas le pouvoir de lier les habitants à un système d'éclairage déterminé, il en résulte de leur part une prétention bien légitime à bénéficier de tous les systèmes possibles ; il est vrai que, par contrat, la commune s'est engagée à ne pas laisser placer d'autres canalisations dans le sous-sol ; mais ce contrat constitutif d'un privilège doit être interprété d'une manière restrictive, et quand la commune accorda ce droit au concessionnaire, cette déclaration de volonté était implicitement subordonnée « aux conditions que les exigences de la vie pratique, les moyens techniques d'éclairage, les conditions sociales ne subiraient pas d'altérations relevantes, *rebus sic stantibus*. Mais si, dans la suite, de nouvelles découvertes de la science déterminèrent une vraie révolution dans les besoins sociaux et dans les moyens de les satisfaire, si l'électricité devint une nécessité publique et actuelle, si des considérations de sécurité, de prévoyance et d'ordre conseillaient et presque imposaient l'adoption d'un nouveau système, les présuppositions de fait en demeurent profondément changées. Les nouvelles circonstances en arrivent alors à modifier le consentement donné autrefois, à rendre presque impossible sa manifestation successive permanente. Cela doit donc rétroagir, influencer le moment initial de la convention et l'invalider : *quæ semel constituta sunt resolvuntur si in eum casum inciderint a quo incipere non potuerunt* » (11).

(11) Cesarini, op. cit., p. 33.

Cependant l'interprétation extensive triompha d'abord en jurisprudence, notamment dans l'affaire célèbre de la commune de Florence (12). Par divers contrats passés en 1854, 1863 et 1881, la Société Lyonnaise avait obtenu le droit exclusif de placer des conduites dans les rues et places de la ville pour le service public et privé, et il restait défendu à la commune d'accorder à tout autre la permission de placer dans le sous-sol des dites places et rues des conduites tant pour l'éclairage public que privé, ou aussi pour le chauffage et la force motrice. Mais la commune de Florence, ne s'étant pas liée au sujet d'autres modes d'éclairage que le gaz, accorda à des industriels la faculté de placer une ligne aérienne électrique sur le sol public pour l'éclairage de leurs établissements, puis entra en pourparlers avec la maison Edison pour la fourniture d'éclairage électrique. L'action de la Lyonnaise fut accueillie par le Tribunal de Florence (25 juillet-2 août 1890), dont la sentence fut confirmée par la Cour d'appel de Florence (19-24 novembre 1891), et la Cour de Cassation de Florence (21 février-6 mars 1893) (13) ; ces décisions donnèrent les motifs habituels : la Société avait un monopole d'éclairage par ce fait que la commune ne pouvait donner à d'autres l'autorisation de placer des canalisations sur la voie publique ; d'ailleurs la distribution de l'éclairage aux particuliers était coefficient nécessaire et partie intégrante du privilège donné comme contre-

(12) V. Luchini Odoardo, *Una pagina di storia fiorentina*, Florence, 1899 ; E. Bouvier, *l'Exploitation collective des services publics*, I, *Les régies municipales*, Paris, 1910, p. 103.

(13) *Annali*, 25. 3. 420 ; 27. 1. 122.

partie à la société chargée de l'éclairage public ; et, d'autre part, en matière d'occupations permanentes d'espaces publics et d'usage public, la liberté du commerce et de l'industrie n'avait rien à voir. La même doctrine fut admise, sur un contrat passé en 1862 entre la commune de Vérone et la Lyonnaise, par la Cour d'appel de Venise (11 juillet 1893) et la Cour de Cassation de Florence (21 juin 1894) (14).

Toutefois la jurisprudence ne tarda pas à se modifier : par un contrat en date de l'année 1845, prolongé pour 30 ans en 1865, la commune de Trévise confiait à la Société Lyonnaise l'éclairage public au gaz de la ville, avec droit exclusif de distribution du gaz aux particuliers ; de nombreux consommateurs, outrés de la mauvaise qualité et du prix élevé, se révoltèrent en 1886 et convinrent de ne plus se servir de gaz, mais de pétrole ; c'est en 1887 que dans ces conditions la maison Rosada commença à placer sur le sol communal des fils aériens conducteurs de lumière électrique pour les particuliers, sans opposition de qui que ce soit. La Société intenta alors un procès contre la commune qui permettait ces faits. Le Tribunal de Trévise en décida en faveur de la Lyonnaise (7 mai 1894), mais la Cour de Venise réforma sa décision par la sentence mémorable du 16 avril 1895 (15) qui inaugurait, sous l'influence des nouvelles idées, une jurisprudence favorable à l'électricité ; son interprétation du contrat la conduisait à dire :

Que le service de l'éclairage public au gaz était

(14) *Annali*, 27. 3. 251 ; 28. 1. 262.

(15) *Giur. ital.*, 1895, I, § 2, col. 305.

monopole de la Société et qu'elle avait aussi le droit exclusif de fournir le gaz aux particuliers qui le voulaient, ceux-ci restant libres de se servir de tout autre mode d'éclairage ;

Que le service public du gaz était à lui seul rémunérateur, et que la fourniture aux particuliers constituait seulement une espérance de gain, un simple aléa, puisque les citoyens de Trévis étaient libres de se servir ou non du gaz produit par la Société ;

Que dans les contrats à long terme l'équité exige qu'on doive tenir compte des modifications que le temps, dans ses mouvements d'évolution, apporte à ces contrats, lesquels ne s'entendent stipulés que *rebus eodem statu manentibus* ;

Que les privilèges se doivent appliquer avec des critères restrictifs, le doute devant se résoudre toujours contre le stipulant et pour la liberté industrielle.

La Cour de Cassation de Florence, par sa décision du 9 avril 1896 (16), rejeta le recours, confirmant le principe de la séparation de l'éclairage privé et de l'éclairage public, et retenant que, quand les nouvelles méthodes n'ont pas été disciplinées dans un contrat obligatoire, les particuliers sont libres de se servir d'un autre produit éclairant que le gaz, pourvu que non canalisé par tuyaux dans le sous-sol communal.

Cette jurisprudence fut suivie dans une affaire concernant la commune de Vintimille par le tribunal de San-Remo (16 juillet 1897) et la Cour d'appel de

(16) Annali, 30. 1. 88.

Gênes (29 avril 1898) (17) ; l'objet de la convention était seulement l'éclairage au gaz ; et quant à l'éclairage privé, la commune s'était simplement obligée pour trente ans à ne pas donner à d'autres le droit de placer dans le sous-sol public des canalisations pour l'éclairage au gaz ; mais l'éclairage privé n'était qu'un simple aléa de bénéfices parce que la commune ne pouvait stipuler qu'à l'avantage de ses administrés, et non pas les lier ; la seule contre-partie était l'obligation de servir pendant trente ans du gaz pour l'éclairage public, et de ne pas accorder à d'autres le sous-sol communal pour établir des canalisations du même mode d'éclairage. Le recours contre l'interprétation donnée par ces décisions fut rejeté par la Cour de Cassation de Turin (25 juillet-11 août 1899). Enfin, les procès entre la Société Lyonnaise et la ville de Venise se terminèrent aussi par les décisions de la Cour de Cassation de Florence du 15 février 1901 et du 19 avril 1902, s'inspirant des mêmes critères.

Il convient toutefois de noter, pour une interprétation exacte du contrat, que la plupart des concessions de cette nature contenaient une clause, dite clause du meilleur éclairage, généralement conçue de telle manière qu'au cas où on trouverait de nouvelles méthodes meilleures ou plus économiques, la Société concessionnaire aurait eu le droit de réclamer par préférence la concession nouvelle à conditions égales ; par là les prévisions des parties

(17) Tuscan Gaz Company (contrat du 15 mai 1880) c. Riviera Elettric Supply Company, Giur. ital., 1897, I, 2, 699 ; 1898, I, 2, 467.

s'étendaient assez loin sur l'avenir. Mais quel était le sens d'une telle clause ? C'était seulement un pacte de préférence, tout-à-fait accessoire, donnant le droit à la Compagnie d'être informée des nouvelles créations d'entreprises pour y soumissionner : c'est ainsi qu'il fut jugé contre la ville de Livourne, que si la concession antérieure ne s'étendait pas à toute espèce d'éclairage, la commune devait cependant être condamnée à des dommages-intérêts pour avoir donné une concession électrique sans avoir, auparavant, averti le premier concessionnaire (18). Mais évidemment si celui-ci, après cet avis, ne formulait pas d'offre suffisante touchant la nouvelle entreprise, la commune ne pourrait se considérer comme arrêtée dans l'organisation du nouveau service (19)

Dans cet état de choses, le législateur voulut faire un pas décisif en faveur du développement des industries électriques, et tel fut l'objet de la loi du 7 juin 1894 (20), dont les dispositions substantielles

(18) Cesarini, op. cit., p. 13 s. Comp. Hauriou, note S. 1902, 3. 17., où se trouve rapportée à ce sujet l'évolution antérieure de la jurisprudence française. Pour son évolution ultérieure, v. le *Précis de dr. adm.* du même auteur, 8^e éd., Paris, 1914, p. 816 ss.

(19) Comme inversement la non-option de la Compagnie pour un meilleur éclairage ne serait pas un de ces faits autorisant la commune à demander la résiliation du contrat pour inexécution (Pilon, Th. cit., p. 191). Rappelons à ce sujet que le Conseil d'Etat en France, après avoir admis un monopole de la lumière au profit du premier concessionnaire, a pu sortir d'une impasse difficile en l'obligeant à fournir toute espèce de lumière. V. E. Bouvier, op. cit., p. 94 s. — La jurisprudence française a donc adopté un système tout différent de celui de la jurisprudence italienne, pour aboutir à satisfaire les intérêts de l'électricité.

(20) Projet déposé sur le bureau de la Chambre des Députés dans la séance du 12 mars 1894 par M. Boselli, Ministre de l'Industrie, de l'Agriculture et du Commerce, et M. Calenda

étaient les suivantes : Désormais, tout propriétaire est tenu de donner passage sur ses fonds aux conduites électriques, suspendues ou souterraines, que veulent exécuter ceux qui ont, d'une manière permanente ou même seulement temporaire, le droit de s'en servir pour des usages industriels ; sont seulement exempts de cette servitude les maisons, sauf pour les façades donnant sur les voies et places publiques, les jardins, vergers et cours attenant aux maisons (art. 1^{er}). L'article 4 décidait que si les canalisations devaient traverser les routes publiques, fleuves ou torrents, ou toucher la façade extérieure des maisons donnant sur les rues ou places publiques, on observerait alors les lois et règlements spéciaux sur les routes et sur les eaux, et les prescriptions de l'autorité compétente. L'article 5 exigeait un ensemble de justifications concernant l'assiette de ce droit de passage pour réaliser le minimum de préjudice, et les art. 6 et 7 déterminaient la fixation d'une juste et préalable indemnité. Les procès étaient renvoyés aux tribunaux judiciaires, par l'article 9, et devaient être instruits selon la procédure sommaire. D'autre part, l'article 8 spécifiait que le propriétaire de la conduite électrique devrait en tout temps observer ce qui était déjà ou pourrait être stipulé par les lois ou règlements spéciaux sur la matière.

Cette délégation, prévue par l'article 8, du pouvoir réglementaire, donnait une réponse à quelques mem-

dei Tavani, Garde des Sceaux. Rapport de M. Giovannelli, présenté le 6 avril ; discussion le 28 avril, vote le 30. Rapport au Sénat de M. de Cesare, présenté le 9 mai ; discussion le 5 juin.

bres du Sénat, dont M. Rossi s'était fait l'interprète, qui pensaient que la loi, en présence d'intérêts aussi considérables, avait besoin d'être complétée et refaite; le sous-secrétaire d'Etat, M. Adamoli, en convint, mais il demanda de ne pas renvoyer le projet à la Chambre, promettant que les améliorations seraient faites dans le règlement postérieur; celui-ci fut élaboré par le suivant ministre de l'Industrie, de l'Agriculture et du Commerce, M. Barazzuoli, et approuvé par décret royal du 25 octobre 1895. Ses dispositions sont assez notables pour qu'on en ait soutenu parfois son inconstitutionnalité, et il est certain qu'il ajoute beaucoup à la loi; les articles les plus importants sont les articles 5, 6 et 8.

« Article 5. — Les conduites d'installations électriques qui traversent des routes publiques, des voies ferrées, des fleuves, des torrents, des canaux, des lignes télégraphiques ou téléphoniques du service public, ou qui approchent de ces lignes, ou bien passent et s'appuient sur des monuments publics, ne peuvent être placées sans le consentement préalable de l'autorité compétente, à moins que l'ouvrage n'ait déjà été déclaré d'utilité publique. Toutes les autres conduites peuvent être placées sans le dit consentement, mais notification doit en être envoyée à la même autorité au moins dix jours avant de commencer l'installation.

« Article 6. — La demande pour le consentement, ou la notification de l'entreprise, doivent être faites à la Préfecture royale de la province dans laquelle on entend effectuer l'installation. Quand la conduite traverse des ouvrages publics ou propriétés compris

dans les territoires de deux ou plusieurs provinces, la demande pour le consentement ou la notification doivent être adressées au Ministre de l'Agriculture, de l'Industrie et du Commerce ».

Les articles 7 et 9 prévoient un ensemble de pièces à fournir pour la justification de l'imposition de la servitude.

L'article 8 décide que l'autorité indiquée à l'article 6, ayant entendu, là où il y a lieu, les administrations publiques intéressées, sur le projet présenté par le requérant, donne le consentement pour la réalisation de l'entreprise, réservant toute responsabilité pour les dommages qui peuvent être causés, et toute opposition des intéressés.

Enfin, l'article 12 prévoit des dispositions spéciales qui pourront être prescrites par les autorités compétentes pour les ouvrages d'intérêt public : notamment pour les rues et places publiques, pour les appuis sur les façades des maisons, on observera les règles qui seront prescrites par les municipalités et autres autorités compétentes.

Il résulte assez clairement de ces textes que les pouvoirs publics, voulant favoriser la concurrence électrique, ont entendu supprimer l'ancien pouvoir de concession des communes pour y substituer de simples autorisations gouvernementales (21). A vrai

(21) Une évolution exactement contraire s'était produite dans la pratique administrative française : une circulaire des Ministres de l'Intérieur et des Travaux publics du 15 août 1893, après avis conforme du Conseil d'Etat du 27 juin 1893, vint donner aux Conseils municipaux compétence exclusive pour donner une concession de distribution d'eau et de lu-

dire, la loi ne disait rien de semblable : l'article 4 déclarait seulement que, pour traverser les routes publiques, ou pour toucher la façade extérieure des maisons donnant sur les voies et places publiques, on observerait les lois et règlements spéciaux sur les routes et les prescriptions des autorités compétentes. Or, quelles étaient ces autorités compétentes ? Sur les voies communales, le pouvoir de police appartient à la commune, et c'est aussi ce que décidait l'article 8 du règlement sur la police des routes, approuvé par décret royal du 10 mars 1881. Mais il faut bien convenir que l'article 8 du règlement postérieur de 1895 a précisément dérogé à ce texte : l'autorité compétente, pour donner le consentement au passage des canalisations et à l'établissement de la servitude sur ces biens d'usage public, est le Préfet ou le Ministre, selon le cas, et les administrations publiques intéressées sont seulement appelées à donner leur avis ; le Gouvernement a vu, en effet, dans l'industrie électrique un des facteurs importants de la prospérité de l'économie nationale, et il a usé de son pouvoir supérieur, pouvoir indéniable, puisque, même sur les biens dépendant du domaine communal, il n'eut jamais à demander une concession à la commune

mière sur toutes les voies publiques communales, même celles de la grande voirie; sur le développement de ce système, v. Pilon, *Th. cit.*, p. 93 ss. On sait toutefois que la Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie électrique (art. 8) a interdit toute constitution de monopole pour les distributions de force motrice autre que celle destinée à l'éclairage communal; v. sur toute la question en droit français, P. Pic, *Les régies municipales en France et à l'étranger, Quest. prat. de législ. ouvr.*, XIII, 1912, p. 308 ss. et la bibliographie qui s'y trouve rapportée; Hauriou, *Précis de dr. adm.*, 8^e éd., Paris, 1914, p. 816 ss.

pour les services d'intérêt général de la nation. Il est vrai qu'en outre des avis consultatifs demandés à la commune, l'article 12 c du règlement, selon l'esprit de l'article 4 de la loi, déclare que « relativement au passage sur les rues et places publiques, et aux appuis sur les façades des maisons, on observera les règles qui seront prescrites par les municipalités et les autorités compétentes » ; mais établir des règles pour le passage, cela ne signifie pas « empêcher de passer ». Que si la commune cherchait indirectement à rendre vaine la décision supérieure en adoptant une attitude prohibitive, on pourrait recourir directement à la Junte provinciale administrative, aux termes de l'article 171 de la loi communale et provinciale du 10 février 1889 (22). On doit également retenir avec la Cour d'appel de Brescia (27 mai 1901) (23) que sont tacitement abrogées en cette matière les dispositions de la loi sur les travaux publics du 20 mars 1865 (article 378) et du règlement sur la police des routes du 10 mars 1881 (art. 64), qui attribuaient la faculté aux maires d'ordonner, en matière de contraventions à la police des routes communales, le retour à l'état de choses antérieur : c'est une conséquence de la hiérarchie administrative, qui ne permet pas à l'inférieur de paralyser les mesures prises par le supérieur.

Il ne faudrait pas croire cependant que cette interprétation n'ait pas rencontré de vives résistances : la Cour d'appel d'Aquila, dans une sentence du 20 dé-

(22) Cesarini, *op. cit.*, p. 107 ss.

(23) Arch. comm., 1901, p. 226 (Soc. Albinese di elettricità c. commune de Desenzano).

cembre 1898 (24), émit d'abord cette opinion que les textes de 1894-1895 se référaient seulement à la transmission pour utilité privée, ou pour des buts industriels, puisqu'à celle qui regarde l'avantage public pourvoit suffisamment la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. En effet, l'article premier de la Loi du 7 juin 1894 dit que la servitude s'exercera au profit de celui qui a le droit de s'en servir pour des usages industriels (*il diritto di servirsene pei usi industriali*), et d'autre part l'obligation des propriétaires de supporter la servitude pour le motif d'utilité publique était déjà admise dans la loi antérieure du 25 juin 1865. La Cour ajoutait qu'on pouvait encore trouver confirmation de cette opinion dans ce fait que, tandis que pour tout autre ouvrage d'utilité publique il existe une phase administrative, selon l'article 9 de la nouvelle loi, l'autorité judiciaire serait seule compétente pour les conduites électriques d'utilité publique, si elles avaient ce caractère. Cette opinion, d'apparence singulière, fit cependant son chemin : la Cour d'appel de Florence, dans deux arrêts successifs (29 novembre-28 décembre 1901) (25) l'adopta : la loi de 1894, dit-elle, est d'ordre privé, regardant les particuliers industriels ; pour obtenir le droit à l'imposition de la servitude, il était nécessaire de fournir au Préfet, pour avoir son consentement, limité du reste au placement des canalisations, la preuve positive au moyen d'un acte public ou privé, ou d'un jugement, d'avoir déjà ce droit : notamment pour

(24) Cesarini, op. cit., p. 62 (commune de Lanciano).

(25) Annali, 36. 3. 54.

l'occupation du sol communal était toujours requise la concession de la commune. En somme, la nouvelle loi aurait eu un caractère privé, favorisant l'intérêt privé des industriels en instituant pour eux une servitude qu'on rapprocha de la servitude d'aqueduc. Ces assertions sont faciles à réfuter par le texte même du Règlement, car l'article premier déclare expressément que les conduites électriques pour usages industriels, visées par la Loi de 1894 sont « toutes celles destinées au transport de l'énergie à distance par le moyen de courants électriques, sauf les conduites télégraphiques et téléphoniques réglées par la loi du 7 avril 1892 » ; il n'est pas vrai d'ailleurs que manque ici cette phase administrative que l'on rencontre dans la loi d'expropriation, et il y a tout un ensemble de justifications à fournir, énumérées soit dans la loi (art. 2, 5 et 6), soit dans le règlement (art. 2 à 9). A toute personne qui peut disposer de l'énergie électrique, et en établir la valeur et l'utilité industrielles, la loi (art. 5), donne le droit au passage requis ; et il y a usage industriel, encore qu'on l'ait contesté, toutes les fois que l'électricité est produite pour l'offrir en vente comme force motrice ou énergie éclairante à qui que ce soit, qui en fera lui-même tel usage qu'il voudra ; c'est du moins ce qui résulte des travaux préparatoires (26). En tous cas, l'article premier du Règlement tranche la question sans appel, comme on l'a

(26) Cesarini, op. cit., p. 82 ss., 97 ss., (contre Armissoglio, *I comuni e la legge del 7 giugno 1894*, Legge, 39. 1. 647). Dans le même sens, App. Casale, 28 juill. 1899, Annali, 33. 3. 407 ; et Cass. Turin, 7 août 1901, Annali, 35. 1. 456 (commune de Voghera).

déjà vu, par la définition de ces canalisations à usage industriel prévues par la loi.

La loi a ainsi créé une limitation au droit de propriété dans un but d'intérêt général ; et ce n'est donc pas une servitude d'utilité privée comme pourrait l'être la servitude d'aqueduc, disciplinée par le droit civil et l'autorité judiciaire ; si c'était, en effet, une servitude privée, elle ne pourrait grever les biens du domaine public, et il faudrait toujours une permission administrative pour autoriser cette jouissance, c'est-à-dire une concession de l'autorité compétente. Or, il ne s'agit pas de ces limitations qui naissent des rapports juridiques des propriétés privées entre elles, mais des rapports directs qu'elles ont avec les règles générales de la communauté sociale, sécurité, hygiène, prospérité publique ; et ces dernières restrictions peuvent frapper les biens du domaine public. L'article premier de la loi, d'ailleurs, ne les exempte pas de la servitude, et même l'article 4 les vise expressément ; et c'est le cas ordinaire, nécessaire et inévitable pour des transmissions à longue distance qu'elles procèdent par occupation de ces biens publics (27). C'est donc une restriction d'utilité publique, introduite dans l'intérêt général, qui a effet immédiat envers tous, prend le dessus sur les intérêts et les conventions privés, forme un droit nouveau que tous doivent aussitôt subir ; la loi, comme loi d'ordre public, déterminée par des considérations d'utilité sociale, doit s'appliquer dès sa promulgation

(27) Cesarini, *op. cit.*, p. 87 ss., 116 s.

sans pouvoir être arrêtée par les conventions privées antérieures ; les propriétés en sont frappées, et, à plus forte raison, les contrats n'y résistent pas (28). Ce point fut celui il est vrai, où se porta le plus gros effort de controverse, la loi n'édicte aucune disposition transitoire. A diverses reprises, la Cour d'appel de Turin (15 février 1901, 27 déc. 1901, 8 avril 1902) (29) essaya de faire prévaloir que la loi ainsi comprise serait une loi rétroactive, mais la Cour de cassation de Turin (20 nov. 1901) (30) fit justice de cette théorie et son point de vue fut adopté sur renvoi par la Cour d'appel de Milan (1^{er} juillet 1902) ; et statua dans le même sens, la Cour de cassation de Florence (17-30 juin 1902), cassant les arrêts ci-dessus rapportés de la Cour d'appel locale (31).

Cela a paru singulier qu'aujourd'hui ces entreprises électriques, destinées à un service qui rentrait dans les attributions de la commune, comme celui de l'éclairage de ses habitants, pussent être établies en dehors d'elle ; mais telle est la conséquence de la loi qui ne distingue pas la destination des conduites : on a voulu soustraire à des influences locales, trop nombreuses, trop instables et peut-être tributaires de rivalités et de concurrences personnelles, la transmission à distance des courants électriques ; du reste les services si nombreux de télégraphie, téléphonie, éclairage, traction ou autre usages industriels, qu'ils permettent

(28) Cesarini, op. cit., p. 134.

(29) *Annali*, 35. 3. 112 (Alba) ; 36. 3. 97 (Ivrée) ; *Giur. it.*, 1902, I, 2. 250 (Racconigi).

(30) *Annali*, 36. 1. 48 (comp. cep. Cass. Turin, 8 juin 1899, *Ann.* 33. 1. 390, Acqui).

(31) *Temi Veneta*, 1902, II, 501, 525.

d'obtenir, conseillèrent de réserver le droit absolu d'autorisation au représentant de l'intérêt général du pays, comme aussi de bonnes raisons de finances, de police et de sécurité. En tous cas, la nouvelle loi a clos du même coup l'ancienne controverse jurisprudentielle : en effet, les communes sont déliées de toute responsabilité contractuelle, car elles ne peuvent empêcher l'exécution de la nouvelle loi, qui nettement, dans le cours de leur contrat, intervint comme force majeure, éteignant leur obligation ; d'autre part, les anciens concessionnaires, qui ont perdu leur privilège par l'abrogation de l'ancien système, ne peuvent rien réclamer non plus à ces nouvelles entreprises, qui se sont placées sous la tutelle de la loi ; et enfin l'Etat lui-même ne saurait être actionné, de l'opinion commune de la doctrine et de la jurisprudence ; on reporte une décision de la Cour d'appel de Florence (1861), sur une espèce analogue : les anciens titulaires contractuels de privilèges avaient été touchés dans leurs intérêts par la décision du grand-duc Pierre-Léopold de Toscane, établissant la liberté du commerce des blés ; aucune indemnité ne pouvait être réclamée en vertu du contrat contre le Prince qui, dans des conditions nouvelles, doit chercher à éviter le dommage de son peuple : c'est une condition tacite du contrat passé par lui (32).

(32) Cesarini, *op. cit.*, p. 139.

3. — *Les garanties contre le fait du prince.*

Quoiqu'il en soit, et toutes réserves faites sur le fond du problème, auquel la jurisprudence avait donné déjà une solution satisfaisante, on doit reconnaître que cette méthode centralisatrice retire des garanties précieuses à ceux qui traitent avec les pouvoirs publics ; la maxime : *ubi major, minor cessat*, pourrait bien parfois, sous couleur de tutelle, donner au public une singulière idée de la coordination des efforts administratifs. Les exemples abondent : une ville des colonies afferme à un particulier le monopole des cantines pour la fabrication du rhum et un arrêté du gouverneur abolit ce monopole ; le contrat est résilié sans dommages-intérêts (1). Une ville vend des terrains destinés selon les plans annexés aux actes de vente à être traversés par un système de voies publiques qui doivent contribuer à l'embellissement et à la prospérité du quartier en création, et l'autorité supérieure, pour l'établissement d'une gare de chemin de fer, supprime par expropriation quelques-unes de ces voies ; les acquéreurs déçus ne peuvent réclamer à la ville la réparation du préjudice causé par la dépréciation des terrains (2). Il est très vrai que le fait du prince agit aussi sur les contrats passés entre particuliers pour entraîner leur résiliation pure et simple ; mais pour le contrat de droit public, le péril reste constant que l'administration ne puisse se dé-

(1) Req. 4 mai 1842, D. Rép., v° *Force maj.*, 8-1° et 2°.

(2) Cass. civ., 17 févr. 1863, D. 63. 1. 93, S. 63. 1. 209 (aff. gare de Lyon-Perrache).

lier arbitrairement : elle passe le contrat et le résout à sa convenance ; il n'y a plus de contrat de droit public.

Cependant l'idée de la prévalence de l'intérêt général ne peut être diminuée : il y a un *a fortiori* pour que les changements de l'intérêt public opèrent sur un contrat de droit public plus encore que sur un contrat de droit privé, puisqu'il engage la prérogative du souverain. Il faut alors chasser de l'esprit cette opinion, si facile à accueillir, qui verrait dans la clause *rebus sic stantibus* une prime à l'arbitraire : d'une part la situation contractuelle reste à notre avis intacte, en ce sens que le particulier lié à l'administration doit pouvoir, lui aussi, réclamer la résiliation pour changement des circonstances et l'application de la clause dans les cas où, son privilège étant aboli, il se verrait contraint de continuer le contrat sans recevoir la contre-partie prévue (3). Et d'autre part les divers organes administratifs doivent être guidés dans leurs décisions par le seul but de l'intérêt public ; à cette condition seulement le fait du prince est le commandement de l'autorité légitime ; le régime de lég-

(3) Ceci ne fut pas toujours respecté, et l'idée de contrat paraît bien ébranlée au fond dans l'affaire du Grand-Théâtre de Marseille : la ville avait concédé en 1784 l'emplacement de l'ancien Arsenal pour la construction d'un théâtre que le concessionnaire devait entretenir à perpétuité ; de son côté, la commune devait faire obtenir le privilège exclusif d'y jouer des pièces de théâtre ; ce privilège fut accordé par le roi, mais supprimé par les lois de la Révolution ; d'autres scènes s'étant fondées plus tard, la ville fut actionnée par le concessionnaire en vue de reprendre le théâtre en remboursant le prix à dire d'experts, ou d'accorder un changement de destination ; elle s'y refusa, et son attitude fut approuvée par la Cour d'Aix (17 mars 1829) et la Cour de Cassation (Req., 24 mai 1830, D., Rép., v° Vente, 812-4°) ; la Cour dé-

lité (Rechtsstaat) a eu pour effet de contenir l'action administrative dans les voies de droit fixées et il y a, dans l'administration même, un organe juridictionnel qui impose aux administrateurs de dépouiller l'arbitraire et contrarie leurs détournements de pouvoirs; s'il n'a pas paru expédient de renvoyer l'Etat à user de la demande en justice pour faire valoir ses divers droits, il y a néanmoins pour les administrés une protection par le juge de leurs droits adverses que l'action meurtrit (4).

Il est vrai qu'au sommet de la hiérarchie, cette seconde garantie s'efface, car il est inévitable que les dernières bases de l'ordre juridique soient purement objectives : l'acte législatif, à raison de sa forme, échappera aux recours en annulation du droit administratif. Mais nous croyons, — et telle semble bien être la jurisprudence du Conseil d'Etat (5) — que la première garantie demeure : ainsi le concessionnaire,

clara que la condition avait été une fois remplie, puisque la ville avait fait accorder le privilège de jouer ; il est vrai que ce privilège avait été perdu, mais on doit dire alors : *res perit domino*. Dalloz (Rép., v° Oblig., n° 1250) écrit justement à ce sujet : « Cet arrêt pourrait, ce semble, être critiqué, car l'obligation principale et la condition étaient permanentes et successives ; cette dernière venant à manquer, la première ne trouvait plus sa raison d'être ».

(4) Ainsi sera susceptible d'annulation, l'acte par lequel l'Etat modifierait ses propres obligations pécuniaires, résultant par exemple du jeu de la garantie d'intérêts. Mais non l'acte par lequel le pouvoir concédant imposerait au concessionnaire une circulation de trains supérieure à celle prévue au cahier des charges.

(5) V. cette jurisprudence rapportée par M. Duguit, op. cit., I, § 39. Cet auteur opère avec l'idée, très neuve et audacieuse, d'une responsabilité de la puissance publique ; cela lui permet, bien qu'il se soit écarté de l'idée de contrat, d'arriver à une protection équitable des droits du concessionnaire ; il dépasse même de beaucoup ce résultat, car il arrive à proté-

s'il n'a pas droit à la nullité du nouveau règlement qui lui est imposé, obtient une action en indemnité ou en résiliation de la concession primitive, à raison du changement apporté aux prévisions contractuelles. Il faut ici éviter avec soin toute équivoque : ceci ne signifie pas que l'Etat aie violé son contrat et doive être tenu pour responsable, puisque nous avons admis en toute hypothèse le droit du pouvoir concédant de réagir dans le sens de l'intérêt général : en effet, il a pour mission de réaliser l'intérêt public ; il ne peut abandonner ses fonctions de droit public ; il a organisé, soit en régie, soit par contrat, des services dans ce but, et il doit les maintenir sans cesse à la hauteur de sa mission. Il importe donc fort peu que l'acte par lequel l'Etat modifie la charte du service concédé, soit ou non à raison de sa forme exposé aux recours en annulation : cet acte doit être tenu pour régulier, s'il est dirigé par l'intérêt public. Mais alors, si l'on s'en tient au point de vue contractuel, d'où viendra cette action en indemnité ou en résiliation au profit du concessionnaire ? Encore une fois, il n'y a pas là autre chose que le développement normal de la clause *rebus sic stantibus* dans les contrats successifs. Comme l'a remarqué très exactement M. Jèze (6), la question se résout de la même manière que lorsqu'elle

ger indistinctement toutes les situations légales. Nous croyons plus prudent de nous tenir aux termes mêmes des arrêts du Conseil d'Etat (v. aussi les conclusions de M. Tardieu rapportées par M. Duguit, loc. cit.).

(6) *Rev. de dr. public*, 1908, p. 63 (v. encore même *Revue*, 1905, p. 530 ; 1907, p. 678 s. ; 1909, p. 48 s. ; 1910, p. 78 ss., 270 ss.). Comp. encore A. Guillois, *Recherches sur l'application dans le temps des lois et règlements*, Th. Paris, 1912, p. 108.

s'agit à l'occasion des rapports juridiques des particuliers ; on suppose qu'une loi nouvelle a rendu plus onéreuse l'exécution des obligations d'un des contractants envers l'autre, et, ainsi que nous l'avons vu, cette aggravation des conditions de l'acte, si elle n'a pu être prévue au moment de la convention, donne le droit au contractant lésé de demander la résiliation ou la modification du contrat. La successivité appelle la correspectivité ; or les besoins auxquels doit satisfaire le service public, et par suite les nécessités de son exploitation, n'ont pas un caractère invariable ; mais les contrats de concession sont conclus pour une période étendue, avec des prévisions d'amortissement qui vont être dépassées ; ce « calcul d'équivalence honnête » dont parlait M. Blum au Conseil d'Etat (7), et qu'il jugeait bien essentiel au contrat, mais qu'il croyait encore étranger à sa constitution juridique, nous paraît au contraire le caractère le mieux établi du droit des contrats successifs.

Ce point de vue bilatéral, parfois contesté au sujet de certaines lois antérieures (8), nous paraît avoir reçu une confirmation éclatante lors de la discussion récente du projet de loi portant approbation de la convention conclue entre l'Etat et la Compagnie Générale Transatlantique pour l'exploitation du service maritime postal entre Le Havre et New-York (9). La

(7) *Rev. de dr. public*, XXVII, 1910, p. 274 ss.

(8) V. au sujet de la loi du 21 juillet 1909 (*retraites des cheminots*), un résumé de la discussion dans A. Salfati, *De la responsabilité contractuelle de l'Etat à l'occasion d'une loi*, Th. Paris, 1912. L'auteur adopte la doctrine de M. Jèze, mais en y voyant une doctrine spéciale au droit public (p. 39 ss.).

(9) *Doc. parl.*, Ch. Dép., 2^e séance du 25 juillet 1913, p. 3039 et suivantes.

résiliation pour changement des circonstances est admise par l'article 8 : « Toutefois aux époques prévues à l'article précédent, le ministre, soit qu'il le juge nécessaire en présence de propositions plus avantageuses, ou dans l'intérêt général de l'Etat, notamment dans le cas où des transformations profondes se seraient produites dans la navigation transatlantique, soit que la Compagnie le mette en demeure, et ce dans les trois mois de cette mise en demeure, provoquera un avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat sur la question de savoir s'il y a lieu de résilier le contrat. En aucun cas il ne pourra être alloué d'indemnité de résiliation. La décision que le ministre devra prendre en conformité de l'avis du Conseil d'Etat et au plus tard trois mois après cet avis, ne sera susceptible d'aucun recours. L'avis du Conseil d'Etat ne pourra être provoqué que pendant l'année 1922 et l'année 1927 ».

M. Pourquery de Boisserin combattit ce texte : « Lorsque vous faites un contrat synallagmatique, les deux parties sont engagées ; la règle commune veut qu'une semblable convention ne soit annulée que pour inexécution des conditions par l'une ou l'autre des parties, à la suite d'une procédure ordinaire que tout le monde connaît ». En outre, il regardait comme un empiètement sur les droits du Parlement le pouvoir donné au Conseil d'Etat, comme dépassant celui d'un juge. En revanche, il organisait dans un amendement un système de mise en concurrence des autres Compagnies de navigation, avec la Compagnie concessionnaire à diverses dates, en réservant seulement pour celle-ci un droit de préférence à avantages

égaux ; cette menace de surenchère supprimait toute sécurité pour la Compagnie, et aurait peut-être coûté cher à l'Etat, qui aurait pu sacrifier une entreprise solide à des sociétés sans valeur, ainsi qu'il advint pour la Compagnie Fraissinet en Corse, pour être obligé de revenir pieds et poings liés à la première après la débâcle des secondes. Il fallait donc opter pour un monopole mieux établi. Toutefois, le Sous-Secrétaire d'Etat de la marine marchande, M. de Monzie, montra qu'il y avait lieu de se préoccuper des changements et des progrès possibles de la navigation avant le terme de la convention, fixé à vingt-cinq ans, à bien des points de vue divers (vitesse, tonnage, confort, substitution aux navires à vapeur de navires à moteurs à combustion interne, substitution de Brest au Havre comme port d'attache de la ligne de New-York, etc.) ; « alors, disait-il, il faut donner à l'Etat la possibilité de se dégager, et cette faculté implique logiquement les mêmes droits pour la Compagnie. On ne pourrait pas comprendre comment, en l'espèce, un contrat serait résiliable à la volonté de l'une seule des parties. C'est une simple question d'équité... Bien entendu, cette résiliation ne peut pas intervenir *ad nutum*....; c'est précisément pour éviter la résiliation arbitraire, c'est pour parer à ce danger que nous avons proposé à la commission et fait accepter une procédure donnant des garanties d'équité ». Cependant le rapporteur du projet de loi, M. Simyan, avouait qu'il aurait préféré ne pas faire intervenir le Conseil d'Etat et s'en tenir en quelque sorte au droit de rachat de l'Etat seul, ou de rupture moyennant indemnité. Mais la Commission n'en fut pas

d'avis, et son Président, M. Marcel Sembat, en donna les raisons ; avec une dédit au profit de l'Etat seul, tous les calculs basés sur l'amortissement des capitaux devenaient faux et la Compagnie répondait que le montant de l'indemnité à fixer dans ce cas serait tellement énorme qu'elle n'osait le chiffrer ; aussi admit-on une résiliation à la requête des deux parties, et l'arbitrage du Conseil d'Etat ; ce n'est pas une abdication de l'Etat : « Contractant avec un industriel, il n'agit plus dans le domaine du contrat comme souverain. Autrement que signifierait le contrat ? La souveraineté de l'Etat est une chose, mais l'Etat contractant avec un industriel est dans une autre situation juridique ». Toutefois la formule primitive qui donnait au Conseil d'Etat le droit de relever le montant de la subvention fut abandonnée comme inconstitutionnelle et on admit seulement la résiliation pure et simple (10).

(10) Sur la portée pratique de la clause ainsi rédigée, les opinions étaient assez partagées : M. Charles Chaumet ne croyait pas que le Conseil d'Etat fût enclin à se prononcer contre la Compagnie, de peur de sacrifier le public des actionnaires ou obligataires confiants en l'Etat ; mais par contre « supposez, disait-il — l'hypothèse n'a rien d'in vraisemblable — que nous votions au profit des inscrits des lois sociales qui imposent à la Compagnie des charges nouvelles, supposez que des modifications dans le régime économique, en France ou à l'étranger, des règlements nouveaux dans nos ports ou à New-York, viennent changer les conditions actuelles de l'exploitation. La Compagnie sera fondée à demander au Conseil d'Etat la résiliation de la convention ». M. Jaurès estimait qu'il suffirait que la Compagnie déclarât qu'elle n'est plus en état de supporter la concurrence internationale, et alors l'Etat qui, en fait, ne pourrait tolérer une brusque interruption du service postal, se verrait obligé de lui racheter une flotte postale insuffisante et mal outillée. En effet, à la différence de la procédure en résiliation ouverte par le gouvernement, le texte n'avait pas déterminé « les causes qui peu-

Résumons maintenant d'un mot la théorie : la concession est un contrat successif de droit public ; c'est un contrat successif, donc un contrat qui a créé une situation durable, laquelle évoluera avec le milieu et devra être adaptée aux circonstances nouvelles et imprévues. C'est aussi un contrat de droit public, ce qui n'est pas aussi pauvre de sens qu'on le prétend (11) : il suffit, en effet, d'analyser la volonté publique pour y retrouver ces caractères de puissance et de nécessité qui lui font en même temps un droit et un devoir de réaliser l'intérêt public en tout état de cause. Naturellement ce pouvoir comporte des excès, et, en définitive, il peut arriver que le prince viole son contrat, et s'il refuse expressément une indemnité, aucun juge ne pourra l'accorder. Contre les organes suprêmes de l'Etat, les garanties formelles font défaut ; il n'y a pas de méthode juridique de préservation, même la division des pouvoirs tant vantée, dont la sécurité ne soit illusoire. Mais notre doctrine ne prête pas son appui aux voies de fait, aux coups de force, que voudrait justifier la maxime : *salus populi*

vent rendre légitime ou plausible la procédure en résiliation ouverte par la Compagnie de Navigation ». Mais sur ce point le rapporteur avait au moins écrit que jamais la Compagnie ne pourrait baser sa demande sur une insuffisance de la subvention, ni sur la situation financière qui pourrait lui être faite par l'exécution du contrat. Et d'ailleurs, comme le disait M. Sembat, que viendrait demander la Compagnie : qu'on la prive de sa subvention ! Ce serait assez anormal pour que la clause ne dût jouer que dans les cas extrêmes. M. de Monzie estimait aussi que le Conseil d'Etat se montrerait plutôt trop timoré dans l'application, mais qu'il ne résilierait pas sans motifs graves, de peur de mettre l'Etat dans l'embarras d'assurer le service postal.

(14) Contre ce terme, Duguit, *Tr. cit.*, § 19, I, p. 64 ; Roland, *Rev. du dr. public*, XXVI, 1909, p. 520.

suprema lex. Comme la déclaration de l'Etat ne trouve aucun juge qui puisse décider si elle concorde ou non avec l'intérêt général, il n'y aura plus de garanties, indirectes et morales, que dans l'état de l'opinion : celle-ci doit tendre sans cesse à nous rapprocher de ce moment idéal où l'Etat dépouillerait ses dernières formes troubles de violence pour devenir une pure coopération de services publics (12).

B). — LE TRAITÉ INTERNATIONAL.

1. — *Oscillations historiques.*

Les écrivains de l'école du droit naturel portaient de l'idée du contrat, et fondaient la société elle-même et tant d'autres institutions organiques sur la volonté de la personne humaine ; aussi étaient-ils hostiles par principe à tout ce qui pouvait anémier le contrat ; la réaction esquissée par Grotius et Pufendorf est accentuée chez leurs disciples, Wolff, Vattel, etc... Rapportons surtout à ce sujet l'opinion très fortement appuyée de Bynkershoek (1) : cette exception, dit-il, fondée sur la nécessité et l'utilité de la république qui permettrait de manquer à sa parole, qu'est-ce autre chose, je vous demande, que ce qu'on nomme la

(12) Comp. Ch. Brouilhet, *Des principes d'équité qui doivent présider aux rapports contractuels entre les Etats et les particuliers*, Lyon, 1895. Cet auteur examine encore le problème bien connu de la justice d'un impôt sur la rente française, en regard de ses privilèges et immunités (p. 25).

(1) *Opera omnia*, Lugd. Bat., 1767, II, fol. 256 s. (*Quaestiones juris publici*, livre 2, chap. X).

raison d'Etat, cette hydre à tant de têtes, auquel il n'est presque pas un prince qui résiste ? « *Quisquis... existimat a pactis recedi posse, si eorum servata fides, rebus mutatis, in reipublicæ detrimentum vergat, incedit per ignes suppositos cineri doloso; id enim, si semel largiaris, nulla omnino causa est ob quam non impune fallas fidem datam* ». Cette objection qu'avec le changement de la face des choses a cessé la cause du contrat, et que l'événement montre que je n'ai pu consentir à cela, est plus subtile que juste (*si ita disputas, disputas subtilius quam verius*) : on en arriverait en effet à dire, pour toute promesse, qu'elle n'oblige que si l'événement la démontre utile, et la paix qui a été faite déplaira si la guerre est plus avantageuse : il n'y aurait plus de foi dans les contrats publics ou privés. Qu'il puisse y avoir un dommage pour la république, c'est possible, mais la fortune pourra lui redevenir clémente, tandis que la confiance une fois partie ne revient jamais ; Cicéron dit avec raison (l. II, *de officiis*) : *nulla res vehementius republicam continet quam fides*.

Seulement, comme le remarque M. Cavaglieri, ces juristes se trouvaient dans le désaccord le plus flagrant avec la politique pratique de leur temps ; car dans la réalité, c'étaient l'arbitraire et la violence dans leurs formes les plus brutales ; « la clause *rebus sic stantibus* était un expédient trop utile et commode pour déguiser dans un vêtement juridique les abus de la force, pour que les princes le laissassent échapper. Ce secours et cette justification que les juristes ne voulaient leur donner, ils le trouvèrent dans l'aide complaisante des philosophes et des écrivains politi-

ques » (2). Pour Spinoza (3), toute société politique a le droit d'agir envers les autres en prenant pour guide son intérêt ; les Etats ne sont obligés à rester dans la foi des traités qu'autant que durent le péril ou l'intérêt qui les motivèrent. C'est un sens de la vie plus profond qui écarte les politiques des systèmes artificiels, parce qu'on n'a pas de droit si on n'a pas la force pour le faire valoir, et que les fins suprêmes de la communauté importent plus que les moyens qui peuvent en assurer le triomphe. Comment les hommes d'Etat, grisés maintenant par cette dialectique capiteuse de l'égoïsme, pourraient-ils résister à ce coup d'alcool ? Entre tous, N. Machiavel se distingue par le cynisme écouté de ses conseils : « *Non può pertanto un signore prudente, nè debbe osservare la fede, quando tale osservanza gli torni contro, e che sono spente le cagioni che la fecero promettere... Nè mai ad un principe mancheranno cagioni legittime di colorare l'inosservanza* » (4). Telle leçon à son Prince fut aussi une rude leçon pour les aspirations des jurisconsultes, rejetées au rang de divagations sans portée ; ce discrédit dans lequel s'effondrent leurs systèmes fantômes, c'est le résultat de leur absence de psychologie et de leur méconnaissance de l'atmosphère où se débattent les intérêts qu'ils croient régir. Les politiques connaissent mieux la valeur de leurs traités ; Bismarck (5) n'ignore pas, par exemple, que dans tout

(2) A. Cavaglieri, loc. cit., p. 117 s.

(3) *Tractatus theolog. polit.*, cap. III.

(4) *Il principe*, cap. XVIII.

(5) *Gedanken und Erinnerungen*, II, p. 258. — C'était aussi l'opinion de Frédéric II, *Histoire du vieux temps*, 1744 : « Notre devoir professionnel est de veiller au bonheur de nos

traité politique la clause *rebus sic stantibus* est sous-entendue, et il ne se fait pas d'illusions sur l'éternité de la Triple-Alliance.

Aussi la littérature moderne du droit international est devenue beaucoup plus éclectique ; elle abonde en formules vagues et confuses qu'il serait sans grand intérêt de confronter ; les auteurs indistinctement insistent sur la nécessité de respecter la foi due aux traités, mais reconnaissent aussi que dans certaines hypothèses les Etats pourront légitimement se dégager ; ils ne se séparent guère que par certaines expressions ou certaines restrictions de leurs développements. Au début du dix-neuvième siècle, Klüber (6) se réfère à la doctrine hostile de Weber ; mais il y a pour tout traité des présuppositions tacites d'application : l'indépendance des contractants, l'existence d'une forme d'Etat déterminée, etc... Heffter (7) étend encore le champ de ses exemples : il prévoit le cas où un certain événement était le motif du contrat, mais où ensuite il n'est pas arrivé ou a disparu. Les écrivains postérieurs désignent très simplement la clause

peuples ; dès que nous voyons un danger pour eux dans un traité, il vaut mieux le rompre que les exposer au danger. Le prince se sacrifie alors au bien de ses sujets. Impossible de faire autrement. Ceux qui condamnent impitoyablement cette conduite ont raison en théorie. Comme homme privé, je suis de leur sentiment, car un homme doit tenir sa parole, même s'il lui en coûte ; mais un prince qui s'oblige n'oblige pas que lui » (cité par Paul Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3^e édition, Paris 1887, II, page 512). Richelieu était plus scrupuleux : « Les rois doivent bien prendre garde aux traités qu'ils font, mais quand ils sont faits ils doivent les observer avec religion. » (*Testament politique*, 2^e partie, c. VI.)

(6) *Europäisches Völkerrecht*, Stuttgart, 1821, I, § 165.

(7) *Europäisches Völkerrecht der Gegenwart*, Berlin, 1844, § 98.

rebus sic stantibus comme une cause d'extinction du contrat; pour von Holtzendorff (8), il n'est pas nécessaire que des événements auxquels on ne pouvait s'attendre aient fait l'objet d'une condition formelle pour produire cet effet; F. de Martens (9) ne veut pas que l'Etat qui se lie en vue d'un de ses buts reste lié quand ce but devient impossible à atteindre et que la reconnaissance continuée du contrat le mettrait en péril; Ahrens (10) adjure même le cocontractant de ne pas s'en tenir à une obstination funeste en présence du changement des faits: c'est seulement à titre de réserve qu'il formule l'exigence morale que le contrat doit être observé. Une position plus ambiguë est celle de Bluntschli (11); il déclare, il est vrai, que l'éternité des contrats est aussi absurde que l'éternité des constitutions (*die Ewigkeit der Verträge ist so unsinnig, wie die Ewigkeit der Verfassungen*), parce qu'elles contrarient toutes deux l'évolution naturelle de l'humanité et des peuples, et donc sont en désaccord avec une définition juste du droit; cependant il ne regarde pas en principe la clause comme immanente dans tous les contrats; il institue une *via media* avec des exemples nombreux et désunis, au point qu'on a pu se demander si, en partant du principe contraire, il n'aurait pas abouti au même résultat. On ne trouve plus que très rarement des déclarations

(8) *Encyclop. der Rechtswiss.*, 4^e éd., 1882, p. 1229.

(9) *Traité de droit international*, trad. 1883, I, p. 560.

(10) *Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und des Staates*, 6^e éd., 1871, II, p. 205, 522 s.

(11) *das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 3^e éd., Nördlingen, 1878, p. 256 ss., § 456.

hostiles, seulement chez quelques auteurs des demandes de modération aux politiques.

Le danger, en effet, est que la clause elle-même n'apparaisse comme toute superflue aux esprits philosophiques ; voici ce que pense à ce sujet Lasson (12) : dans l'Etat, il y a un juge pour assurer la validité et l'interprétation du contrat conclu et une contrainte pour son observation ; dans les contrats entre Etats, ces deux choses manquent à la fois ; chacun des Etats l'interprète lui-même en dernier ressort, et son opinion sur le point de savoir si l'autre partie a observé ou rompu le contrat, et s'il est lui-même encore obligé, ne trouve aucun juge supérieur pour en décider. En définitive, l'Etat, dans une claire prévoyance de ses intérêts durables de l'avenir, aspirera au renom d'un Etat digne de confiance et respectera lui-même en général le contrat que l'autre partie ne rompt pas ; mais là où ses intérêts impérieux ne se concilient plus avec le contrat, il n'en souffrira plus les chaînes, s'il ne doit pas craindre par là d'entraîner pour lui de plus grands périls. Son souci de conservation et de sécurité est tellement le premier, que les limites formellement acceptées par sa volonté ne pèsent rien là contre. Se lier longtemps et irrévocablement envers un autre Etat, un Etat ne peut le faire ; les contrats des Etats n'ont donc pas une valeur de droit, mais seulement de fait ; ils sont respectés aussi longtemps que leurs termes sont appropriés aux intérêts et aux puissances réciproques ; et alors il n'y a

(12) *System der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1882, p. 403 ss.

pas pour les relations entre Etats un droit propre de caractère formel et positif.

Cette conception désolante de la vie internationale avait déjà été développée par Trendelenburg (13) : l'Etat, disait-il, dont la nature est, dans le commerce avec d'autres Etats, de penser seulement à sa force, est, comme l'homme à l'état de nature, égoïste (*selbstsüchtig*), car il assujettit les plus faibles ; jaloux (*eifersüchtig*), parce qu'il ressent l'accroissement de force et la prospérité des autres comme son propre affaiblissement ; ingrat (*undankbar*), parce que toute reconnaissance pour un bienfait emporte avec elle le souvenir d'une dépendance passée, et alors un sentiment d'humiliation ; et selon les circonstances brutal (*gewaltthätig*) et rusé (*listig*), pour exploiter au mieux les conjonctures. Comme chacun, dans l'état de nature, devait avoir peur d'exécuter d'abord de son côté un contrat parce qu'il se plaçait ainsi dans une situation désavantageuse, ainsi les Etats sont l'un contre l'autre sur leurs gardes pour ne pas être lésés par l'exécution unilatérale de leur promesse. Les contrats sont souvent seulement un voile, derrière lequel, en secret, l'égoïsme continue de jouer. Il peut arriver que même une des parties, qui encore extérieurement reste attachée au contrat, déjà intérieurement l'abandonne, et alors l'autre, si elle ne veut pas être dupe, doit prendre les devants, même au péril que l'apparence de la violation de la foi retombe sur elle. La fidélité au contrat apparaît alors comme une faiblesse débonnaire, et sa violation en temps opportun comme

(13) *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 2^e éd., p. 583.

la base d'une nouvelle force et d'un nouveau droit. Si un contrat est violé, et si par la force on réparera ou rétablira ce qui fut violé, cela reste en définitive abandonné à l'appréciation, à la volonté et à la puissance de la partie lésée ; c'est la justice privée qui domine, laquelle est ailleurs le contraire du droit.

2. — *La doctrine de l'auto-limitation de l'Etat.*

Il est impossible de mieux saisir la connexion entre le problème de la valeur du contrat et l'existence d'un ordre de droit. La doctrine classique a voulu suivre toujours la même marche : c'est du contrat que dérive le droit ; eh ! non, c'est le droit seulement qui rend possible et intelligible le contrat. Jellinek (1) remarque exactement qu'on ne peut pas réduire le droit international à de simples accords accidentels des Etats, car il y a déjà des règles que la nature de l'acte reconnaît. D'où vient donc le droit objectif selon lequel on juge les contrats ? Pour les traités internationaux, leur formation, leur contenu, leurs modalités, leur extinction n'échappent pas à des règles : d'où viennent ces règles ?

Pour Jellinek, il faut une source formelle d'une valeur pratique immédiate pour contenter le juriste : le droit des Etats viendra donc de leurs volontés spéciales, puisqu'il n'existe aucun pouvoir supérieur qui

(1) G. Jellinek, *die rechtliche Natur der Staatenverträge (ein Beitrag zur juristischen construction des Völkerrechts)*, Vienne, 1880, p. IV. Sur sa doctrine, voir L. Duguit, *L'Etat le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 110 s.

puisse le leur imposer ; en d'autres termes, le droit dérivera du sujet (2). Est-ce là, comme on l'a prétendu, une inévitable chute au milieu d'un chaos d'arbitraire ? L'Etat ne peut produire du droit international objectif que si l'on veut bien reconnaître qu'il peut se lier lui-même ; or cette idée de réunir sur une même tête les qualités d'obligeant et d'obligé ne paraît pas en vérité si dépourvue de sens : est-ce que, aux yeux des moralistes modernes, la volonté, pour avoir pleine valeur, ne doit pas obéir à ses seuls commandements, aux seules lois qu'elle s'est imposées, en dehors de toute contrainte extérieure ? Et qu'est-ce que l'on nomme, dans la vie pratique, la force de volonté, sinon la puissance de faire de ses décisions présentes des prescriptions pour l'avenir, de telle sorte que la volonté réalise en toute circonstance le dessein conçu ? L'acte d'obligation consiste ce qu'on assigne à une volonté de regarder un motif déterminé comme le plus fort de tous ; il n'y a rien dans l'obligation envers soi-même qui contrarie les lois de notre pensée, et même il faut dire dans une certaine mesure que toute obligation est une obligation envers soi-même : on est obligé parce qu'on se tient pour obligé ; sinon, il ne reste plus, au nom de la liberté de la volonté, qu'à repousser la force obligatoire du contrat (3) ; si rien ne garantit la constance de la volonté d'un mo-

(2) Op. cit., p. 4 s.

(3) Op. cit., p. 15 ; v. sur toutes ces questions, E. Gounot, *Th. cit.*, p. 344, 347 : il rapporte l'opinion curieuse de Huc, *Comment. théor. et prat. du C. civ.*, t. VII, p. 132, qui protestait au nom de la liberté des débiteurs contre l'irrévocabilité des conventions et aurait voulu généraliser l'art. 1794 du Code civil (résiliation contre indemnité).

ment à l'autre, alors il n'y a pas de société possible entre les hommes, car si on renvoie à la volonté de l'Etat avec sa puissance coercitive pour garantir la constance de la volonté des sujets, quelle assurance avons-nous encore que cette volonté de l'Etat, qui est aussi volonté humaine, ne changera pas à son tour ? Il se peut que dans un coup de force tous ses organes s'entendent pour installer l'arbitraire ; il est donc vrai toujours et partout que les garanties ultimes du droit sont des garanties morales : détaché d'une base morale, le droit, dit Jellinek, devient un château de cartes que le moindre souffle anéantit (4).

Ce fut le tort de l'école du droit naturel d'entendre liberté dans le sens d'arbitraire : si on regarde la volonté comme incapable de se déterminer par des motifs raisonnables, on ne peut parler ni de droit ni de morale. Mais, au contraire, rien ne se concilie mieux qu'obligation et autonomie ; dans tout acte de volonté publique il y a une limitation de volonté, et comme elle n'est pas imposée du dehors, c'est une auto-limitation (*Selbstbeschränkung*) qui fonde des obligations à la charge de l'Etat sur sa volonté propre (5). Par là est préparée la transition du point de vue formel au point de vue matériel : dans la forme, l'Etat ne peut-il pas toujours changer sa volonté, et alors vouloir le contraire de sa propre obligation ? Mais si l'on recherche les éléments de fond qui poussent l'Etat à donner à sa volonté un contenu concret, alors on trouve à la base, non plus l'arbitraire et le caprice, mais des motifs raisonnables

(4) Op. cit., p. 37.

(5) Op. cit., p. 16, 26 s.

(*vernünftige Motive*), comme pour toute décision humaine. Et c'est ici que l'obligation de l'Etat trouve en même temps sa limite, car lorsque ces motifs et ce but ont disparu, l'Etat doit alors cesser d'être lié ; comme la société, pour laquelle le droit est fait, est en perpétuelle évolution, alors ce serait la plus grande injustice que le pouvoir dût se regarder comme toujours obligé par les règles antérieures. L'Etat ne peut se lier absolument par une règle abstraite contre ses propres fins les plus élevées ; de même qu'au cas de conflit de devoirs, le plus impérieux apparaît comme absolu, toute obligation de l'Etat qui ne satisfait plus à ses buts suprêmes, doit s'effacer au second plan derrière les obligations plus pressantes ; tout acte de volonté publique porte donc en soi la clause *rebus sic stantibus* (*daher trägt jeder Act des Staatswillens die Clausel r. s. s. in sich*). Mais ce n'est pas une objection contre un ordre juridique liant l'Etat que la possibilité de se délier ainsi : la clause *rebus sic stantibus*, ce n'est pas l'arbitraire (6).

Cependant si le droit international repose formellement sur la volonté de l'Etat, il faut, avons-nous dit, qu'il y ait un droit commun aux Etats pour qu'il puisse y avoir un contrat ; il ne faut pas que chacun des Etats ait un droit différent pour juger les obligations par lui assumées. Jellinek répond que l'Etat qui peut qualifier toute personne comme sujet de droit peut aussi reconnaître un autre Etat pour tel ; donc un droit est créé par ce fait que l'un des Etats reconnaît l'autre comme sujet de droit et limite en-

(6) Op. cit., p. 38, 40, 42.

vers lui sa liberté. D'autre part, nous savons que cette liberté ne doit pas être entendue dans le sens d'arbitraire : il y a une limite qui est infrangible pour la volonté parce qu'on ne peut vouloir que le possible, et alors on doit respecter les conditions de réalisation causale ; la volonté doit suivre la voie désignée par la nature des choses pour aboutir au résultat, et malgré cet assujettissement elle reste cependant libre. Et alors, malgré que le droit soit créé par les Etats isolés, il y a possibilité d'un droit commun : l'Etat est libre d'entrer en relations avec un autre Etat comme sujet de droit, mais il doit accepter les conditions objectives qui règlent ces relations de vie et y voir des motifs pour sa volonté : *ubi societas, ibi jus* (7). Sur ce point, il faut dire que les écrivains postérieurs ont montré moins de scrupules à l'égard des anciennes prétentions d'indépendance souveraine ; Jellinek remarquait déjà qu'il n'y a qu'un philosophe de cabinet qui pourrait croire que l'Etat moderne reste libre de se mettre ou non en rapport avec les autres ; la nature même de l'Etat appelle ce complément, et il ne dépend pas de son bon plaisir de vouloir vivre en société avec les autres, parce que c'est pour lui une condition d'existence d'être membre de la société des Etats. Et ainsi on s'achemine vers l'idée d'un droit nécessaire, commandant les situations et les relations des Etats ; « comme l'Etat est au-dessus des individus, dit M. Olivi, la société internationale est au-dessus des Etats » (8).

(7) Op. cit., p. 48.

(8) L. Olivi, D'un cas controversé de cessation de la force obligatoire des traités internationaux, *Rev. de dr. intern. et*

Singulière société, dira-t-on, sans juge ni contrainte, et cela semble signifier : ni droit ni force pour le faire valoir. Cela surtout émeut le juriste qui craint les abus de la clause *rebus sic stantibus* ; c'est inévitable, écrit Jellinek, tant que les Etats resteront juges en leur propre cause en dernière instance, et que la décision suprême sur toutes leurs affaires demeurera entre leurs mains (9). On ne manque pas de comparer cet état de ténèbres à la splendeur brillante des fortes garanties du droit privé ; mais si les sanctions du droit privé sont plus directes, serait-ce la seule raison pour que la clause *rebus sic stantibus* fût réservée au droit de l'Etat ? Le dire, ne serait-ce pas avouer une faiblesse du droit, prêt à couvrir les excès de la politique ? Jellinek, qui n'ignore pas cependant que la clause eut son heure de succès en droit privé (10), trouve d'autres motifs de séparer les situations : ce sont seulement, dit-il, de fausses abstractions du droit privé qui ont poussé à croire qu'en inscrivant tacitement la clause *rebus sic stantibus* dans les contrats de l'Etat, le droit public contractuel serait rendu illusoire. Un Etat, explique-t-il, est bien différent d'un

de législ. comp., XXIII, 1891, p. 606. Dans un ouvrage postérieur (*die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienne, 1882, p. 28 s.), Jellinek critique cette définition de Haenel (*Studien zum deutschen Staatsrecht*, I, *die vertragsmässigen Elemente der deutschen Reichsverfassung*, Leipzig, 1873, p. 149), qui voit l'essence de la souveraineté dans le pouvoir qui appartient à l'Etat de déterminer sa compétence ; il la juge unilatérale parce qu'elle ne peut s'appliquer au droit international. L'Etat est compétent et libre quand il passe contrat, il est incompétent et lié quant au contrat conclu.

(9) *die Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 103.

(10) *die rechtliche Natur der Staatenverträge*, page 62, note 104.

être physique dont le type, durant tout le cours de sa vie, n'est que faiblement altéré ; ses transformations sont continues, et souvent à un faible intervalle de temps, on ne saurait le reconnaître ; ce serait dès lors oublier le but et la fonction historique du droit que de donner à l'Etat du passé la puissance de commander le présent et l'avenir de l'Etat (11). Nous ne nous chargeons pas, à vrai dire, de concilier ce passage avec cet autre du même ouvrage, où l'auteur, développant la valeur du régime du droit (*Rechtsstaat*), affirme que le sentiment de la sécurité résulte de ce que la volonté de l'Etat est plus constante et plus sûre que celle de l'individu (12). D'ailleurs, nous ne sommes pas convaincus que le temps n'accomplisse pas aussi rapidement son œuvre de transformation partout ; et si le développement et la personnalité de l'Etat sont au plus haut degré respectables, que dire alors de l'homme lui-même et comment ne pas protéger avec plus de soin encore ses légitimes efforts de développement, de conservation ou de défense ?

La thèse de l'illustre publiciste allemand ne nous paraissait nullement commander ces conclusions : envisageant toute obligation comme étant d'abord une obligation envers soi-même, fondée sur des motifs raisonnables et trouvant sa limite dans la définition de son but, pourquoi distinguer ensuite l'obligation privée et l'obligation publique ? Sans doute il désire combattre l'idée de droit naturel, et, voulant fonder

(11) Op. cit., p. 62 s.

(12) Op. cit., p. 27 s. : « *der Staatswille, wenigstens der des Rechtsstaates, ist daher viel constanter und verlässlicher als der Wille des Individuums* ». Cette antinomie a été aussi notée par Pfaff, op. cit., p. 65, n. 1.

un droit international positif, il ne lui reconnaît pas de source en dehors de la volonté des Etats. Mais le droit privé est-il nécessairement commandé par les théories de l'école du droit naturel ? Nous avons montré qu'à mainte époque et en maint pays la doctrine de la clause a été reçue dans les contrats des particuliers. Il est vrai que la direction individualiste du droit l'a fait rejeter durant une longue période. Est-ce pour cette raison si contingente que Jellinek repousse en droit international toute introduction par analogie des règles abstraites de la doctrine moderne des obligations privées ? Il fait valoir, à l'appui de cette manière de voir, une considération de technique juridique, qui a été jugée « élémentaire » (13) : l'argument d'analogie, qui implique la solution d'une question dans l'esprit du droit existant par un recours à des hypothèses de même nature, présuppose ainsi l'existence de ce droit dont il doit aider à combler les lacunes, mais qu'il ne peut créer entièrement. Si l'on ne peut chercher les analogies, cherchons alors les différences : qu'est-ce qui s'oppose à ce qu'on puisse dégager certains caractères communs à toutes les parties du droit ? Une étude comparée du contrat de droit privé et du contrat de droit public nous a conduits à cette conclusion que la volonté publique est plus puissante, mais aussi moins libre que la volonté privée pour la conduite de ses intérêts : c'est pour elle à la fois un droit et un devoir de déclarer l'intérêt public en tout état de cause. Mais cette différence ne concerne que le mode d'action de la

(13) A. Cavaglieri, *op. cit.*, p. 111 ; v. Jellinek, *op. cit.*, p. 49 ss.

clause, et il faut éviter avec soin d'en faire l'unique fondement d'une doctrine juridique spéciale au droit public, sous peine de se condamner à n'y débattre que le problème, irritant et stérile, de la raison d'Etat.

3. — *Doctrine et pratique contemporaine de la clause.*

Il est donc plus prudent de conserver le guide de l'ancienne doctrine traditionnelle, sauf à lui faire subir les corrections résultant des caractères propres au droit public moderne.

A) *Dans quels actes la clause opère.* — C'est la règle primordiale de la doctrine. Il est certain que ne peuvent être dénoncés, *rebus non sic stantibus*, que les traités en cours, ceux dont l'objet n'est pas déjà consommé ou exécuté, ceux qui comportent des obligations susceptibles d'être arrêtées pour l'avenir. On a donc eu raison d'exclure l'application de la clause aux traités qui ont eu pour objet des cessions de droits ou de territoires, « soit parce que ces cessions sont réputées définitives dans l'esprit des Etats contractants, soit parce que la reprise de la chose cédée entraînerait la rétrocession des avantages obtenus en retour et bouleverserait ainsi toutes les situations acquises » (1).

B) *L'état, les circonstances.* — Le sens profond de la clause, c'est qu'il y a un *droit nécessaire* que le

(1) Despagnet et de Bœck, *Cours de dr. intern. public*, Paris, 1910, 4^e éd., n° 455, p. 709.

contrat ne peut heurter : c'est l'ensemble des « situations de droit objectif » qui s'imposent aux particuliers comme aux Etats, en un mot le statut fondamental de leur société. Dans un article déjà cité, M. L. Olivi (2) avait déjà entrevu l'existence de ce droit nécessaire ; mais il lui donnait une sphère d'action très restreinte : d'une part il ne voulait y faire rentrer que ces règles qui ont pénétré dans la conscience des Etats, à l'exclusion de toutes celles que les théoriciens seuls auraient accueillies ; et d'autre part il voulait distinguer ce qui est nécessaire de ce qui est seulement utile à l'Etat, et il ne suffisait pas pour lui que l'utilité matérielle fût engagée, il fallait que le dommage résultant du traité fût tel qu'il privât l'Etat des moyens nécessaires à son existence. Cette conception, seulement esquissée, ne fut pas toujours bien comprise, et on lui reprocha de sentir le droit naturel (3). Au contraire, rien de plus clair que l'antithèse par nous développée du contrat et du statut ; rien de plus positif que ce droit issu de la nécessité des choses et s'exprimant par des coutumes dans la société, dont il doit régler et discipliner les intérêts. Quelles sont ces règles statutaires, qui définissent ainsi les situations nécessaires ? Elles concernent la position des Etats dans la communauté internationale, leurs droits de personnes souveraines, et l'ordre supérieur qui s'établit par suite de leurs rapports.

1°. Les membres de la communauté, les Etats, qui sont les sujets de droit, ont un certain nombre de *droits fondamentaux*, qui ne peuvent être sacrifiés ;

(2) loc. cit., p. 601, 608.

(3) Cavaglieri, loc. cit., p. 124.

la pratique internationale est ici d'accord avec la doctrine. Au plus haut degré est l'hypothèse où l'existence et la conservation de l'Etat seraient menacées par le traité ancien. Ici, dit Jellinek (4), intervient le droit de légitime défense de l'Etat « *das Nothrecht des Staates* », qui lui fait un devoir de considérer son existence plus haut que les obligations assumées. Rivier rapproche cette hypothèse de celle prévue dans l'article 1780 du Code civil, qui sauvegarde la liberté inaliénable de la personne humaine au milieu de ses engagements (5). C'est l'idée qui s'exprima dans le manifeste prussien du 9 octobre 1806 : avant tous les traités, les nations ont leurs droits « *vor allen Tractaten haben die Nationen ihre Rechte* ». Sous sa forme extrême, ne pourrait-elle légitimer, il est vrai, toutes les ambitions des Etats, et on ne s'est pas gêné en effet, lors de la proclamation de l'indépendance bulgare, pour parler des « violations nécessaires » du traité de Berlin (6). M. Pillet s'est efforcé de donner à l'idée une forme plus modérée, qui ne contrarie pas gravement l'ordre et l'équilibre international ; c'est la *loi du moindre sacrifice*, qu'il présente ainsi : les Etats doivent se garantir l'exercice de leur souveraineté dans leurs rapports réciproques, et en cas de conflit, sont rationnellement obligés de donner la préférence à l'intérêt public le plus fort compromis

(4) *die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Vienne, 1880, p. 62.

(5) *Principes du droit des gens*, II, p. 128.

(6) Perseuor, *Le principe des nationalités et la violation nécessaire du traité de Berlin*, *La Paix par le Droit*, janvier 1909 ; A. Chaunier, *La Bulgarie, Etude d'hist. diplom. et de dr. internat.*, (Th. Lyon), Paris, 1909, p. 171 ss.

dans le litige. Or en principe l'intérêt public le plus fort est dans le sens de l'exécution du traité ; et pour qu'il en soit autrement, il faudrait que celui-ci compromette les intérêts vitaux de l'Etat (7).

Cependant, cette hypothèse extrême n'est pas la seule, et il y a des obligations dommageables et périlleuses dont l'Etat pourra se délier si l'entrave apportée à son développement présent est trop considérable ; alors le but du contrat est dépassé, et dans le nouvel état de choses l'obligation n'eût pas été assumée. Mais il faut que le nouveau *status* contredise le contrat : pour la plupart des traités, le changement de constitution, la modification de la forme gouvernementale demeurent sans importance ; le nouveau gouvernement, la nouvelle dynastie doivent les respecter, parce que le véritable contractant, qui est l'Etat, n'a pas changé. C'est même une des règles les plus importantes du droit international, dont la nécessité a été affirmée notamment dans le protocole XIX de la Conférence de Londres du 19 février 1831 : « C'est un principe d'ordre supérieur que les traités ne perdent pas leur puissance, quels que soient les changements qui interviennent dans l'organisation intérieure des peuples. » Il en est autrement, cela est certain, des traités dits personnels, conclus en considération de la forme du gouvernement ou au profit d'une dynastie déterminée ; ces traités ne survivent pas à la modification gouvernementale ou au renversement de la

(7) A. Pillet, *Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et dans la solution des conflits qu'ils font naître*, *Rev. gén. de dr. internat. public*, V, 1898, p. 244, 251.

dynastie (8) ; on a déjà expliqué que dans ce cas l'extinction du contrat se produit par l'effet de la force majeure et de l'impossibilité d'exécution : ce n'est pas seulement le but du contrat, c'est son objet qui a disparu (9).

La doctrine de la clause nous entraîne ainsi vers l'étude de la condition des personnes en droit international : quelle est l'influence sur les traités antérieurs de la transformation territoriale d'un Etat (10), d'un changement complet ou partiel de souveraineté, résultant d'un démembrement, d'une annexion, ou encore de l'établissement d'un protectorat ? La question ne peut naturellement être étudiée ici dans tous ses détails. Cependant il est opportun de rappeler que, lorsque se posa en France le problème politique de Madagascar, l'opinion se laissa égarer par cette idée, d'apparence assez simple, que l'annexion, entraînant la mort et la disparition de l'Etat annexé en tant que personnalité internationale, anéantirait *ipso facto* tous les traités conclus par cet Etat, tandis que le protectorat au contraire aurait emporté l'obligation pour la puissance protectrice, en qualité de tutrice des intérêts de la puissance protégée, de respecter et même de garantir l'exécution des traités antérieurement conclus par cette dernière. Cette thèse était bien faite

(8) H. Bonfils, *Manuel de dr. int. public*, 3^e éd. (Fauchille), Paris, 1901, n^{os} 216, 848.

(9) Ci-dessus, I, B, 3.

(10) S. Kiatibian, *Conséquences juridiques de la transformation des Etats sur les traités*, Th. Paris, 1892 ; L. Lari-vière, *Des conséquences des transformations territoriales des Etats sur les traités antérieurs*, Th. Paris, 1892.

pour orienter les esprits vers l'annexion alors pendante.

M. Pic fit remarquer combien était contestable une balance établie sur ces bases des avantages et des inconvénients des deux régimes (11). L'influence exclusive reconnue à l'annexion était la conséquence de la doctrine étroite de l'impossibilité d'exécution pour force majeure ; « de même, disait P. Fiore (12) que la mort d'un individu rend impossible l'accomplissement des engagements personnels », ainsi la disparition de l'Etat souverain faisait tomber les traités par lui conclus. Mais nous avons reconnu que, si le décès d'un contractant peut faire en effet avorter le but du contrat, même influence doit être reconnue au changement des circonstances survenu en mainte qualité substantielle de la personne, dans son état juridique, dans sa situation professionnelle, etc.... A ce point de vue, nous croyons que rien n'empêche l'Etat protecteur, en supposant naturellement que son protectorat soit reconnu par les puissances tierces, d'arguer du changement des circonstances « *rebus non sic stantibus* » pour dénoncer tous ces traités qui sont en contradiction avec le nouvel ordre de choses établi. Le protectorat moderne, s'il ne met pas fin à la personnalité internationale de l'Etat protégé, comporte de sa part une abdication à peu près

(11) P. Pic, *Influence de l'établissement d'un protectorat sur les traités antérieurement conclus avec des puissances tierces par l'Etat protégé*, *Rev. gén. de dr. int. public*, III, 1896, p. 613 ss.

(12) *Nouveau droit international public*, trad. C. Antoine, 2^e éd., I, p. 309.

complète de la souveraineté ; cela implique bien, comme le dit M. Pic, le droit pour le protecteur de se délier des engagements internationaux, « qui, plaçant à certains égards l'Etat protégé dans la dépendance politique ou même économique d'une puissance tierce, mettraient fatalement obstacle au bon fonctionnement du régime nouveau, et au maintien de son autorité, laquelle, pour être efficace, doit être incontestée et exclusive » (13) ; et il est aisé de voir que cela entraînera notamment la caducité des traités d'alliance, de garantie de neutralité, de contrôle financier, d'Union douanière, etc..., jadis conclus par le protégé, comme incompatibles avec la situation de fait créée par le protectorat.

2°. La communauté internationale revendique d'autre part certains droits généraux, reconnus par la déclaration expresse des représentants des Etats. Peu importe la source de ce droit objectif, qu'il s'agisse de coutumes ou de traités collectifs. Les puissances signataires du traité de Paris en 1856 décident d'abolir la course, et alors tous les traités antérieurs entre ces Etats, qui présupposaient l'existence de la course, vont perdre sur ce point leur valeur. Bluntschli a raison de déclarer caducs ces traités qui seraient en contradiction avec les droits de liberté individuelle universellement reconnus : le sentiment juridique de la communauté internationale repousse aujourd'hui l'esclavage. Il ne manque pas de dispositions impératives de cette nature, devant lesquelles le contrat doit plier. Dans quelle mesure ces règles de progrès

(13) loc. cit., p. 625. V. l'examen détaillé des divers traités, p. 636 ss.

général, créatrices d'un ordre de droit nouveau, s'accordent-elles avec les anciennes prétentions d'indépendance des Princes ? Nous ne rechercherons pas une conciliation difficile dans la doctrine de l'autolimitation de l'Etat, nous dirons hardiment, avec M. Pillet, que « la civilisation et l'indépendance sont deux facteurs qui demeurent nécessairement en raison inverse l'un de l'autre... Une même loi gouverne la vie des individus et des peuples : la loi de l'interdépendance, et plus cette vie se perfectionne, plus cette charge d'interdépendance devient constante et lourde. Les uns et les autres ne participent aux bienfaits de la civilisation qu'en aliénant leur liberté » (14).

En fait, les droits fondamentaux des Etats, dont il a été parlé, subissent un grand nombre de modifications et de restrictions. Il existe un grand nombre de servitudes internationales : interdictions de fortifications, défenses d'entretenir des vaisseaux de guerre, neutralisations d'Etats et de territoires, etc... Là encore il faudra rechercher le but qui a présidé à l'établissement de la servitude, pour connaître celles dont les Etats pourront ou ne pourront pas éventuellement s'affranchir. M. Westlake (15) relève l'impossibilité où se trouve un Etat déterminé de se libérer d'une servitude internationale formant partie d'un système permanent de neutralité créé au bénéfice de toute l'Europe, comme la neutralité suisse ; au contraire, l'article 3 du traité de Paris, du 20 novembre

(14) Pillet, loc. cit., p. 88, 89.

(15) J. Westlake, *International Law*, I, *Peace*, Cambridge, 1904, p. 285 s.

1815, interdisant la fortification de Huningue par la France, a pu légitimement être dénoncé par le gouvernement provisoire de 1848, car cette interdiction ne se reliait pas à la neutralité de la Suisse et n'avait d'autre but que de calmer les inquiétudes de la ville de Bâle.

D'autre part, la communauté internationale « au sens complet du mot », c'est-à-dire une communauté « fondée sur le respect mutuel de la souveraineté de chacun et sur la réciprocité des obligations » (16), exclut certains Etats de civilisation trop inférieure à celle de l'Occident, Etats barbares ou fanatiques, d'une organisation trop rudimentaire ; ces *pays hors chrétienté* ne sont pas admis à participer au bénéfice du droit public des pays de civilisation européenne, en raison de leur impuissance à réaliser sur leur territoire le régime du droit. Les puissances occidentales, pour les relations de leurs ressortissants, ont dû leur réclamer divers privilèges et immunités, notamment certains droits de juridiction et de protection consulaires : c'est là l'origine des *capitulations*, conventions conclues de longue date avec l'Etat ottoman, puis plus tard avec les principaux Etats africains ou asiatiques, pour régulariser les relations des civilisations différentes. Supposons maintenant que la situation de l'un de ces Etats se modifie au regard de la communauté internationale : du jour où fonctionnent des juridictions civiles et criminelles offrant aux étrangers toutes les garanties d'une justice impar-

(16) P. Pic, loc. cit., p. 627.

tiale et équitable, du jour, en un mot, où l'Etat participe à la civilisation des pays de chrétienté, l'application des capitulations ne doit-elle pas cesser, et les traités devenir caducs puisque leur raison d'être disparaît ? C'est ce qui est advenu progressivement pour les pays balkaniques, assez tôt en Roumanie par l'effet de la désuétude, puis en Serbie après des négociations, plus difficilement en Bulgarie, à raison du lien de vassalité qui l'unissait à la Turquie jusqu'en 1908 (17). Le Japon, depuis 1899, est aussi complètement débarrassé de ces anciens privilèges étrangers (18).

Une hypothèse fréquente en cet ordre d'idées, est celle où un pays à civilisation arriérée, en perdant tout ou partie de son indépendance, passe sous la souveraineté ou le protectorat d'une puissance, qui participe pleinement aux avantages de la communauté internationale. Ici encore on se heurte à cette ancienne thèse que seul, le changement de souveraineté résultant d'une annexion, emporte suppression des traités conclus par la puissance annexée : sup-

(17) A. Mérignhac, L'incident franco-bulgare de 1891 et les capitulations, *Rev. de dr. internat. et de législ. comp.*, tome XXIV, p. 147 ss.; A. Chaunier, op. cit., p. 163 ss.

(18) J. Perrinjaquet, Annexion de la Corée au Japon. Traité du 22 août 1910 et ses conséquences, *Rev. gén. de dr. intern. public*, XVII, 1910, p. 542, n. 1, ajoute : « En Egypte, l'importance des relations entre les ressortissants de nationalité différente a amené la création de tribunaux mixtes, et dans l'avenir la juridiction britannique sera sans doute établie. Quant à la Turquie, le sort des Capitulations dépend du succès ou de l'échec du mouvement de réformes introduit par le parti Jeune-Turc. » Pour l'Annam et le Tonkin, v. traité du 6 juin 1884, art. 10 ; pour le Siam, traité du 23 mars 1907. V. P. Pic, loc. cit., p. 629, n. 2.

primé le gouvernement contractant, supprimés aussi les contrats (19). Cette pensée a bien déterminé pour partie l'annexion pure et simple de la Corée au Japon par le traité du 22 août 1910. Néanmoins la pratique internationale est avec raison moins exigeante et se contente d'une annexion déguisée sous le voile de procédés juridiques plus complexes, comme le système si ingénieux du *condominium inégal*, qui fut bien le mécanisme le plus élégant imaginé pour concilier l'intégrité de l'empire Ottoman et les ambitions des puissances. L'Angleterre opéra ainsi dans l'île de Chypre en 1879, et, sans avoir sollicité l'adhésion des Puissances, supprima les juridictions consulaires pour leur substituer une Haute-Cour de justice, ressortissant au gouvernement de la Reine. L'Autriche-Hongrie obtint sans difficultés des puissances la suppression des capitulations en Bosnie-Herzégovine après la réorganisation administrative et judiciaire de ces provinces en 1880. Le ministère Crispi, à propos de l'incident de Massaouah, formulait même cette règle que « le régime des capitulations était déchu par le seul fait de l'occupation du pays par une puissance chrétienne » (20). La formule de la clause *rebus sic stantibus* permet sans difficultés de reconnaître le même effet à l'établissement du protectorat : le protégé est placé sous la tutelle du protecteur qui doit le

(19) Kiatibian, op. cit., p. 144.

(20) Il est vrai que la France réclama vigoureusement contre cette suppression, mais à un tout autre point de vue et en contestant que l'Italie eût un titre d'action régulier pour agir en Érythrée ; cela n'infirmait nullement la thèse italienne relative aux Capitulations au cas où la justification de la souveraineté aurait été fournie. V. à ce sujet P. Pic, loc. cit., p. 630 (note) ; Perrinjaquet, loc. cit., p. 543.

conduire dans la voie de la civilisation et du progrès. Cela implique le droit de l'Etat protecteur « de s'affranchir des obligations et servitudes internationales, qui n'étaient imposées à l'Etat protégé qu'en raison de sa civilisation rudimentaire, et qui n'ont plus d'objet dès l'instant que la civilisation du protecteur est un sûr garant du respect, sur le territoire du protectorat, des droits des sujets des puissances tierces ». En fait, les diverses puissances, sauf l'Italie, n'ont fait aucune difficulté d'admettre la suppression des capitulations en Tunisie après l'organisation de tribunaux français sur le sol de la Régence (21).

c) *Le fait, le changement.* — On a expliqué que ce changement devait être tel que, s'il avait pu être prévu au temps des tractations, le contrat n'aurait pas été conclu : donc, il s'agira d'un changement, qui place l'acte dans un état où il n'eût pu prendre naissance ; le changement des circonstances, en contredisant le but de l'acte, le frappe de caducité. La doctrine sur ce point a été récemment relevée par M. Scelle (22) : « Lorsqu'un traité, susceptible d'une exécution successive, ...est conclu sans limitation de durée et sans qu'on y ait prévu ni causes ni modalités de dénonciation, il faut bien cependant admettre que les Etats ne sont pas liés *in æternum*. Mais la question embar-

(21) P. Pic, loc. cit., p. 625, 628 ss. ; J. Perrinjaquet, Des annexions déguisées de territoires, *Rev. gén. de dr. intern. public*, XVI, 1909, p. 365. — Pour le Maroc, des négociations sont en cours.

(22) G. Scelle, La ratification de la convention du Gothard du 13 octobre 1909, *Rev. gén. de dr. intern. public*, XX, 1913, p. 497.

rassante, et toujours sans réponse, est de savoir comment il prendra fin, si les Etats signataires sont en désaccord précisément au sujet de sa validité. Il arrive fatalement un moment où l'évolution des circonstances amène une rupture d'équilibre entre les intérêts que le traité avait réussi à concilier. A ce moment, s'il ne répond plus à l'utilité d'aucun des signataires, le traité tombera de soi. Mais si son caractère, devenu plus onéreux pour l'un des contractants, est au contraire demeuré profitable ou même devenu plus profitable aux autres signataires, ceux-ci auront une tendance naturelle à refuser d'admettre une dénonciation qui les lèse. Pour la solution de ce conflit, on a proposé divers criteriums, tous insuffisants, parce qu'ils laissent à l'arbitraire une marge infinie : destruction évidente de l'équilibre contractuel, théorie du moindre sacrifice, utilisation de la théorie des droits fondamentaux, etc... Le plus précis semble bien encore être celui qui fait intervenir l'idée de but : le traité a cessé d'avoir une valeur juridique, lorsqu'il ne répond plus au but en vue duquel il a été conclu ».

Ce criterium nous permettra d'apprécier à sa juste valeur l'application qu'on a prétendu faire de la doctrine de la clause à l'annexion de la Bosnie-Herzégovine par l'Autriche-Hongrie. Le traité de Berlin avait seulement stipulé dans son article XXV : « Les provinces de Bosnie et d'Herzégovine seront occupées et administrées par l'Autriche-Hongrie », diverses réserves étant faites quant à la partie du vilayet s'étendant entre la Serbie et le Monténégro (sandjak de Novi-Bazar). Il est superflu de rappeler qu'en définitive c'était le démembrement de la Turquie vaincue

qui commençait, et que les deux grandes puissances intéressées, la Russie et l'Autriche-Hongrie, visaient parallèlement à poursuivre leur route vers la mer Egée. La Russie, qui avait conduit la guerre, s'était fait déjà consentir des avantages considérables à San Stefano, qui durent d'ailleurs être révisés ; l'Autriche-Hongrie, qui avait promis et observé la neutralité et même fourni l'appui diplomatique, dut attendre le Congrès de Berlin pour rétablir en partie l'équilibre à son profit ; elle obtint, à raison de sa situation spéciale, cette sorte de mandat de police européenne pour faire cesser l'anarchie dans ces provinces désolées et y établir un ordre administratif stable ; et elle l'obtint sans peine, non seulement à raison de conventions secrètes antérieures avec la Russie, mais encore parce que les divers plénipotentiaires étaient convaincus de l'effondrement définitif de la puissance turque. Seuls les Ottomans firent des difficultés pour signer l'acte, contestant que la Turquie ne fût apte à donner les garanties réclamées ; et il fallut en définitive que les représentants du gouvernement austro-hongrois, pour les décider, signassent un accord préalable secret où il était dit expressément : « l'occupation sera considérée comme provisoire » ; et cette réserve leur parut peu importante, tellement l'avenir de la Turquie était à leurs yeux problématique (23).

Mais voici qu'après trente ans écoulés où l'Autriche-Hongrie n'avait cessé d'étendre son influence et

(23) J. Blociszewski, L'annexion de la Bosnie et de l'Herzégovine, Etude histor. et jurid., *Rev. gén. de dr. intern. public*, XVII, 1910, p. 430, soutient d'ailleurs que cette convention secrète s'est trouvée annulée par la convention de Constantinople du 21 avril 1879.

ses droits, alors que le condominium inégal fonctionnait pleinement à son profit, lui donnant tout le droit utile et réduisant la souveraineté du Sultan à être un « *nudum jus* », un mouvement de rénovation se dessine en Turquie, et la Révolution jeune-turque s'efforce d'établir un gouvernement européen marchant dans les voies constitutionnelles : un danger grave apparaît aussitôt, que la Turquie ne prétende exercer sa souveraineté d'une manière effective. M. H. Lammasch (24) a fort bien exposé ces craintes, que les populations musulmanes de Bosnie-Herzégovine n'envoyassent des représentants au Parlement de Constantinople, ou que ce Parlement ne prétendît contrôler, dans ces provinces, l'administration austro-hongroise. Il fallait donc se hâter de consolider les situations acquises (25). La Bulgarie, rappelée brutalement à l'attitude de vassale, choisit ce moment pour proclamer son indépendance (proclamation de Tirnovo, 22 septembre (5 octobre) 1908. Et l'Autriche-Hongrie de son côté, profita de l'heure pour s'affranchir des réserves limitant sa liberté d'action en Bosnie-Herzégovine et déclara le transfert du droit de souveraineté (rescrit du 7 octobre 1908). Était-il exact de dire, avec M. d'Aehrenthal, que les anciens traités ne répondaient plus aux circonstances, et que le gouvernement austro-hongrois était en droit de les dénoncer ?

(24) Dans le *Fremdenblatt* de Vienne, du 8 octobre 1908.

(25) G. Scelle, L'indépendance bulgare, *Rev. gén. de dr. intern. public*, XVI, 1909, p. 542. Comp. B. Krunsky, *L'annexion de la Bosnie et de l'Herzégovine en 1908*, Th. Paris, 1912.

M. Blociszewski (26) l'a soutenu en ces termes : « Le droit international reconnaît que les Etats ne sauraient être obligés *in perpetuum* par l'exécution d'un traité et que ceux-ci sont toujours conclus, la clause *rebus sic stantibus* étant sous-entendue. Un Etat a la faculté de dénoncer les traités dont l'exécution est devenue dangereuse pour ses intérêts. » A nos yeux, si l'on ne veut faire dégénérer la clause en un pur instrument d'arbitraire, il convient d'en repousser ici l'application : le but des traités avait été de pourvoir à l'application d'un régime stable de droit européen, que la Turquie, à raison de son anarchie, ne pouvait procurer à ces provinces ; c'est donc la Turquie seule qui, revenue à une meilleure fortune, aurait pu invoquer la clause pour se libérer, s'il était temps encore, de ces restrictions humiliantes à sa souveraineté, comme elle le pourra peut-être, dans un avenir moins troublé, pour se délier des capitulations. Ce qui montre bien d'ailleurs l'inanité de ce recours, de la part de l'Autriche-Hongrie, à la clause, c'est que, parmi ses défenseurs, d'autres, comme M. Fournier (27), invoquaient la longue possession : trente années de possession de fait, disait-il, finissent par engendrer des titres juridiques. Nous ne discutons pas ce point, mais en vérité entre les deux arguments il faut choisir : on ne peut invoquer en même temps le développement des circonstances antérieures et l'existence d'un fait nouveau ! L'Autriche-Hongrie a donné à la

(26) loc. cit., p. 442.

(27) *Wie wir zu Bosnien kamen, Eine historische Studie*, Vienne, 1909 (cité par Blociszewski, loc. cit., p. 442).

Bosnie-Herzégovine l'ordre et le bien-être, au prix de travaux et de sacrifices qu'elle ne veut pas abandonner ; elle désire maintenant couronner l'édifice par l'octroi aux populations d'une constitution provinciale. C'est une excellente et habile politique, mais où trouver un changement des circonstances, là où il n'y a qu'une continuation progressive de l'ordre de choses établi ? Il faut dire d'ailleurs que l'Autriche-Hongrie était bien peu sûre d'avoir le droit pour elle ; et sur les indications de l'Angleterre, elle s'empressa de négocier avec la Turquie, dont elle obtint enfin, contre compensations et après difficultés, l'adhésion par l'accord du 26 février 1909 ; la politique de M. d'Aehrenthal ne pouvait donc se réclamer de notre doctrine, qui ouvre précisément un droit de dénonciation unilatéral.

D) *Comment la clause opère.* — Pour que la clause joue, l'accord des contractants est en effet inutile : « Comme tout acte juridique, écrit M. Scelle (28), un traité cesse d'avoir sa valeur juridique, lorsque le but en vue duquel il a été fait disparaît. Dès lors l'Etat qui estime que ce but a affectivement disparu, doit pouvoir juridiquement *exiger* la modification requise par le jeu de la clause *rebus sic stantibus*. Sans doute il doit d'abord chercher à s'entendre avec les co-signataires ; mais s'il ne peut les convaincre, il n'est pas tenu de considérer comme obligatoires un traité, ou des stipulations qui, juridiquement ne le sont plus,

(28) G. Scelle, La ratification de la convention du Gothard, du 13 octobre 1909, *Rev. gén. de dr. int. public*, XV, 1913, p. 499.

et son droit de les dénoncer est entier. Il pourra surgir sans doute un conflit international, mais il n'y a là que la conséquence ordinaire des divergences fatales d'appréciation qui naissent sur la portée des actes juridiques conventionnels. Il y a lieu alors à l'arbitrage, ou, si l'on ne peut s'accorder pour y recourir, aux autres solutions des conflits internationaux. »

Toutefois, une certaine confusion pourrait résulter de la Déclaration émise par les Puissances réunies à la Conférence de Londres, dans la séance du 17 janvier 1871 : « C'est un principe essentiel du droit des gens qu'aucune puissance ne peut se délier des engagements d'un traité, ni en modifier les stipulations, si ce n'est à la suite de l'assentiment des parties contractantes, au moyen d'une entente amicale. » Formule platonique, a-t-on dit, parce que si cette entente amicale ne se réalise pas, les éléments antijuridiques reparaissent : selon que l'Etat est fort ou faible, ses prétentions seraient accueillies ou rejetées (29). Il serait superflu de se dissimuler que la « manière forte » compte de nombreux partisans ; un exemple récent en a été fourni par le « coup d'Agadir ».

Déjà la Déclaration de 1871 avait été émise pour condamner la politique suivie par la Russie en octobre 1870 : cet Etat s'affirma purement et simplement dégagé des articles XI, XIII et XIV du traité de Paris du 30 mars 1856, concernant la neutralisation de la Mer Noire, en invoquant, outre son droit primordial de conservation et de défense, les changements survenus dans les circonstances, comme le progrès des

(29) A. Cavaglieri, loc. cit., p. 130.

constructions navales et notamment le cuirassement des navires, qui rendait plus dangereuse une invasion éventuelle des autres flottes stationnées dans l'Archipel ; ou encore les révolutions qui avaient changé le sort des principautés de Valachie et de Moldavie contrairement au traité et aux protocoles y annexés. Ces motifs étaient-ils suffisants ? Il est certain que la Russie voulut surtout profiter du désarroi européen causé par la guerre franco-allemande, et ce ne fut que sur les protestations très vives de l'Angleterre, qu'une conférence fut réunie, qui d'ailleurs ne sauva que la forme (30). Le gouvernement russe, cependant, en usa encore de même peu après à l'égard du traité de Berlin du 13 juillet 1878, dont l'article LIX faisait un port franc de Batoum, ville cédée par la Turquie après la guerre ; or, le 23 juin 1886, en pleine crise orientale, un ukase du tsar au ministre des Finances de l'empire, déclarait simplement que Batoum cesserait d'être un port franc ; un memorandum, communiqué aux puissances signataires du traité, leur rappelait que cet article n'avait pas été l'objet d'une discussion collective, mais était une simple déclaration d'intention du gouvernement russe (31). Au fond, la Russie invoquait la clause *rebus sic stantibus*, parce que les avantages commerciaux des autres puissances n'existaient plus depuis que, par la suppression du

(30) Sur cette affaire bien connue, v. Bonfils-Fauchille, op. cit., n° 858 ; Cavaglieri, loc. cit., p. 130 ss.

(31) L'article était ainsi rédigé : « S. M. l'empereur de Russie déclare être son intention de faire de Batoum un port franc et essentiellement commercial. » Sur le caractère contractuel de l'obligation, v. Rolin-Jaequemyns, La question d'Orient, *Rev. de dr. internat. et de législ. comp.*, XIX, 1887, p. 46.

transport en franchise des marchandises étrangères à travers le Caucase, Batoum avait perdu toute valeur comme étape d'échanges entre la Perse et l'Europe : il n'y avait plus qu'une gêne pour les populations locales à raison des cordons de douane. L'Angleterre rappela à la Russie que sa manière d'agir avait déjà été critiquée, mais l'Europe céda à cause du peu d'importance de la question.

Les incidents récents de l'affaire marocaine sont, à ce point de vue, encore plus instructifs ; on y voit comment les gouvernements sont arrivés à tenir pour caducs, en un délai cependant fort bref, l'Acte d'Algésiras, puis même l'accord franco-allemand postérieur de 1909, aux termes duquel avaient été reconnus les intérêts particuliers de la France et son droit éminent de consolider l'ordre et la paix à l'intérieur du Maroc (32). Déjà, au sujet d'une expédition militaire pour châtier les Zaërs meurtriers, on voit percer les inquiétudes allemandes que la France ne soit entraînée progressivement à une occupation toujours plus étendue, qui finisse par annihiler l'Acte d'Algésiras ; et bien que le secrétaire d'Etat, M. de Kiderlen-Wächter, reconnût formellement la possibilité d'une action française à Fez, dans l'intérêt des colonies européennes, il ne pouvait encourager la France à des mesures aussi graves en dehors de cas extrêmes. Alors que le gouvernement français ne cessait de se réclamer de l'Acte d'Algésiras, le point de vue allemand était le suivant : l'opinion du pays ne saurait

(32) V. sur toute cette affaire le *Livre Jaune*, Aff. du Maroc, VI, 1910-12, Paris, 1912, spécialement les pièces n^{os} 101, 160, 166, 200, 225, 284-288, 366, 399, 418-431, 653.

admettre qu'on lui parle d'occupation temporaire : « Quand a-t-on vu finir une occupation de ce genre ? Est-ce en Egypte ?... Soyons sincères, je vous prie, et jouons cartes sur table ! Quand vous serez à Fez, vous n'en sortirez plus... Même si vous voulez quitter Fez, vous ne le pourrez pas. Voyez ce qui arrive en Chine. On vous accusera de mauvaise foi quand vous serez retenu malgré vous. » En vain notre ambassadeur, M. Cambon, objecte qu'on a vu des exemples de fidélité à la parole donnée et rappelle l'expédition de Syrie en 1860. M. de Kiderlen-Wächter, qui avait en vue une demande de compensations, ne cache même plus que l'Acte d'Algésiras repose sur une idée fausse à ses yeux, à savoir que le Maroc est un Etat organisé, et il fait entrevoir qu'il faudra quelque jour reprendre les choses sur une autre base. Dans la suite des événements, l'Allemagne commence à contester que le danger soit aussi menaçant à Fez, et on voit quelques-uns de ses journaux suspecter déjà nos intentions. Puis, sur des nouvelles plus critiques, le Chancelier de l'Empire reconnaît que la situation est moins bonne, mais nous conseille encore de ne pas intervenir. Cependant M. Cambon déclare que nous avons la responsabilité de la vie des colonies européennes, et rappelle les accusations jadis portées contre Gladstone pour avoir temporisé à l'époque des massacres de Khartoum ; mais pour M. de Bethmann-Hollweg, aller à Fez, c'était n'en plus sortir, donc violer l'Acte d'Algésiras. L'opinion allemande est énoncée dans une forme très serrée par M. Zimmermann, et n'est-ce pas une référence à la clause *rebus sic stantibus* ? « Je suis persuadé que le gouvernement français est

sincère, mais la marche en avant sur Fez n'en est pas moins un fait nouveau, qui peut devenir grave, attendu que personne n'est en mesure de prévoir quelles sont les circonstances qui peuvent se produire au Maroc (33). »

A l'occupation provisoire de Fez, la France envoie une circulaire aux puissances, l'Allemagne en prend note, et l'Autriche croit qu'on est toujours dans les termes de l'Acte d'Algésiras. Mais voici, semble-t-il, qu'on s'y tient bien davantage, car la France annonce loyalement que ses troupes sont en voie d'évacuer Fez ; le Chancelier est d'abord satisfait ; et cependant il ne cesse de s'inquiéter de ce que l'influence française grandit sans cesse au Maroc. Et dans les entrevues de Kissingen, M. de Kiderlen-Wächter est encore plus décidé : « Aujourd'hui vous avez laissé derrière vous à Fez une situation tout autre que celle que vous y avez trouvée : des forces commandées par des Français, répandues sur tout le pays, et un Sultan à votre dévotion. » C'est alors que M. Cambon invoque l'accord de 1909 : « Que consacre cet accord ? L'égalité économique entre la France et l'Allemagne, et l'influence politique reconnue à la France. Pourquoi contestez-vous que nous exerçons cette influence ? — Je ne conteste pas votre influence, reprit

(33) M. Ant. Rougier, L'occupation de Fez par le gouvernement français, *Rev. gén. de dr. intern. public*, XIX, 1912, ne croit pas que cette occupation était compatible avec l'Acte d'Algésiras (p. 645) ; envisageant la question de savoir si l'Acte devait être tenu pour caduc à cause du changement des circonstances, il se refuse à faire jouer la clause *rebus sic stantibus*, dont il se fait une idée très étroite, restreinte à la défense des droits fondamentaux ; et il croit préférable de parler d'une impossibilité d'exécution (loc. cit., p. 652, 654).

M. de Kiderlen-Wächter ; mais qui dit influence ne dit pas protectorat, et c'est un véritable protectorat que vous êtes en train d'organiser. Ce n'est ni dans l'Acte d'Algésiras ni dans l'accord de 1909. » Mais d'ailleurs, l'Allemagne ne croit pas que les événements aient pu se dérouler autrement ; seulement les traités sont périmés ; elle le marque en envoyant un navire de guerre à Agadir pour protéger les intérêts allemands ; et il n'y a pas à examiner si c'est ou non conforme à l'Acte d'Algésiras ; « en effet cet acte a déjà reçu trop d'atteintes pour qu'on puisse l'alléguer avec autorité... Il n'est guère douteux qu'il ne soit plus possible de revenir au *statu quo ante*. La conception de l'Acte d'Algésiras sur la souveraineté du Sultan et l'intégrité de l'empire marocain est incompatible avec la situation de fait créée par la marche des événements ». Ce n'est pas encore une fois que l'Allemagne critique notre action à Fez, mais il en est résulté une situation nouvelle, et le Chancelier le rappellera encore plus tard : « si vous alliez à Fez, nous pouvions aller à Agadir ». Aussi le point de vue anglais, qui propose le retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire l'évacuation de Larache et El-Ksar par l'Espagne, de Fez et de l'intérieur par la France et d'Agadir par l'Allemagne, n'a plus aucun succès : l'Allemagne n'en veut plus ; elle cherche à amorcer une conversation personnelle avec la France au sujet de compensations territoriales qui se porteront vers le Congo.

L'exemple de l'Allemagne a suscité des imitateurs ; à la suite des résultats heureux de la guerre entre-

prise par les Etats balkaniques contre la Turquie, des discordances se sont élevées entre les vainqueurs au moment du partage. Le journal officieux de Belgrade *Samouprava*, le 20 avril 1913, réclamait la revision du traité secret conclu avant la guerre, entre la Serbie et la Bulgarie : « Ce traité ne correspond plus au nouvel état de choses, car dans tout traité entre Etats se sous-entend la clause *rebus sic stantibus*, selon la parole célèbre de Bismarck, consacrée par la théorie moderne dans le traité de droit international de Franz de Liszt. L'état de choses ayant complètement changé entre la Serbie et la Bulgarie, les circonstances dont le traité est l'expression n'existent plus ; les événements de la guerre ayant de beaucoup dépassé l'objet du traité, et les hypothèses prévues ne s'étant pas réalisées, le traité ne peut être littéralement appliqué. Il doit donc être modifié comme le traité franco-espagnol relatif au Maroc dut être modifié après Agadir ». Malheureusement, la voie diplomatique ne parut pas assez séduisante, et le poids de l'épée fut bientôt jeté dans la balance. Ceci ne justifierait-il pas l'assertion des auteurs, qui repoussaient le principe même de la clause dans la vie internationale, comme devant être la source de dangers sans nombre ? En réalité notre doctrine est pure de tout principe arbitraire ; elle obéit à des règles, que contraignent seuls les caractères propres du droit public ; ce droit de dénonciation unilatéral ne devient dangereux qu'en raison de l'absence de juridiction et de sanction.

En effet, le traité international, envisagé comme l'œuvre de volontés souveraines, est un contrat de

droit public. Or, la volonté de l'Etat n'est pas libre de ne pas réaliser l'intérêt public ; elle est commandée sur ce point par tous les intérêts convergents de la nation, et il est fréquent de voir les diplomates et les hommes d'Etat invoquer, dans leurs discussions, l'impossibilité de faire accepter telle ou telle prétention par l'opinion de leur pays (34). Et parce qu'elle n'est pas libre dans ses fins, elle est plus puissante dans ses moyens : parce qu'elle a le devoir, elle a aussi le droit de réaliser l'intérêt public en tout état de cause, et un contrat ne saurait l'en empêcher. Ses décisions sont donc données dans une forme strictement unilatérale ; mais de même qu'en droit public interne il existe des garanties contractuelles. Tout d'abord l'Etat, s'il est soustrait à la nécessité de recourir à une action en justice, n'est pas dispensé de donner des motifs de rupture à ses cocontractants, sur la valeur desquels la discussion sera ouverte. Et même si ces motifs paraissent plausibles et légitimes, il reste encore à tirer les conséquences équitables de cette décision unilatérale. Le cocontractant, à son tour, peut invoquer la résiliation pour changement des circonstances, parce qu'il ne peut être contraint de continuer le contrat sans recevoir la contre-partie

(34) Une note du gouvernement bulgare au sujet de la prise de possession du tronçon bulgare des Chemins de fer orientaux (septembre 1908) s'exprimait en ces termes : « La restitution est devenue absolument impossible. La population ne la laissera pas opérer et aucun gouvernement n'emploiera la force contre la population. » L'Europe cria au chantage (v. A. Chaunier, op. cit., p. 106). Cependant des événements récents ont montré, chez le même peuple, l'impuissance des gouvernants à guider docilement les gouvernés ; le mot de Frédéric II est toujours vrai : « Un prince qui s'oblige n'oblige pas que lui ».

prévue ; et c'est bien ce qu'admit spontanément la Russie en 1870, lorsque, se déclarant déliée des règles du traité de Paris au sujet de la neutralisation de la Mer Noire, elle reconnut au Sultan la pleine jouissance des mêmes droits dont elle reprenait l'exercice. Et si la décision unilatérale de l'Etat tendait seulement à modifier les termes du contrat, à raison de la disparition seulement partielle de quelques-unes des circonstances déterminantes, alors cette modification doit s'accompagner d'une modification corrélative dans les obligations correspondantes de l'autre partie, en vue de réadapter le contrat au nouvel ordre de choses. On aboutit donc déjà à un système de négociations diplomatiques comportant un ensemble assez complexe de notes et de conventions, sinon à la formule rigide du Protocole de Londres, que l'on s'accorde bien aujourd'hui, en face des faits, à interpréter d'une manière assez large et flottante (35).

Donc, au point de vue des garanties formelles, le rapprochement doit s'établir entre les divers contrats de droit public, à raison de la prérogative souveraine. Cela a été judicieusement observé au sujet de l'ancienne convention du Gothard conclue entre l'Allemagne, la Suisse et l'Italie, lorsque la République helvétique eut, en 1897, nationalisé son réseau ferroviaire. Il y eut là, dit M. Scelle, « quelque chose d'analogue à ce qui se passe lorsqu'une autorité publique a conclu un contrat avec un particulier ou une Compagnie, et que par l'exercice de sa souveraineté, elle en vient à rendre plus onéreuse la situation de son cocontrac-

(35) En ce sens, Ant. Rougier, loc. cit., p. 658.

tant : par exemple, une ville qui a conclu un marché d'éclairage au gaz et qui vient à élever les droits d'octroi sur le charbon de terre ; elle est parfaitement en droit de le faire, sauf à indemniser la Compagnie du préjudice qu'elle lui cause par son fait. De même ici, la Suisse dans le plein exercice de sa souveraineté, était en droit de racheter, sauf à tenir compte à l'Allemagne et à l'Italie du changement que ce rachat aurait pu leur apporter dans la situation contractuelle (36) ». Une convention nouvelle a été récemment conclue le 13 octobre 1909 entre ces Etats, qui alarma tout d'abord l'opinion suisse, mais qui fut en définitive ratifiée, après que la légation d'Allemagne, par une Déclaration du 22 mars 1913, eût proclamé que, dans le cas où les articles incriminés (articles 7, 8 et 9) de la convention auraient été reconnus préjudiciables aux intérêts suisses, le gouvernement allemand à son tour, serait prêt à consentir une révision. C'est une reconnaissance expresse de la clause *rebus sic stantibus*, fréquente autrefois (37), inutile aujourd'hui, car la doctrine et la pratique s'accordent à la sous-entendre dans les contrats.

Examinons au contraire la situation des contrats de droit privé, et même de ceux qui ont le plus d'analogie avec les traités internationaux : nous voulons parler de ces contrats collectifs de réglementation du travail, que M. Planiol (38) a ingénieusement comparés aux traités de paix. Ce n'est point que la résilia-

(36) G. Scelle, La question du chemin de fer du Gothard, *Rev. gén. de dr. int. public*, XVIII, 1911, p. 55.

(37) V. une liste de traités dans Rivier, *op. cit.*, II, p. 130.

(38) *Tr. élém. de dr. civ.*, II, n° 1868.

tion pour changement des circonstances y soit inconnue : dans une espèce récemment soumise au Tribunal de Saint-Etienne et à la Cour de Lyon (39), on se trouvait en présence d'une convention par laquelle la Compagnie des chemins de fer à voie étroite de Saint-Etienne, Firminy, Rive-de-Gier et extensions, s'était engagée à ne pas exiger de son personnel employé sur les voitures, plus de soixante-dix heures de travail par semaine, et avait indiqué le nombre de jours de repos payés auxquels ce personnel aurait droit annuellement ; mais l'application de la Loi du 13 juillet 1906, sur le repos hebdomadaire, vint augmenter le nombre des jours de repos et diminuer celui des heures de travail des ouvriers. Si la convention avait été maintenue, il en serait résulté pour la Compagnie un accroissement de dépenses qu'elle évaluait à 75.000 francs par an ; la Cour admit l'action de la Compagnie et accorda la résiliation sans dommages-intérêts. On serait tenté de se référer à l'article 1780 du Code civil et de voir dans la loi nouvelle ce motif légitime, ce fait nouveau venant modifier la situation respective des parties, que l'on réclame comme un frein aux abus du droit de rupture. Seulement la Cour, et sur ce point elle confirmait le jugement du tribunal, n'admet pas que la Compagnie puisse dénoncer elle-même la convention, sans recourir à l'office du juge ; elle croit alors devoir recourir à l'article 1184 du Code civil : il y a une inexécution partielle dont les juges ont le pouvoir d'apprécier

(39) Lyon, 10 mars 1908, S. 10. 2. 49, D. 09. 2. 33 et note Capitant. Le pourvoi a été rejeté par la Cour de Cassation (Req. 26 juill. 1909, S. 10. 1. 71 et notes).

l'influence sur le contrat synallagmatique, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause, soit qu'il faille la chercher dans une faute du cocontractant, soit, comme c'était ici le cas, dans une force majeure. Nous avons déjà dit qu'il était inexact de parler de force majeure et d'impossibilité d'exécution, dans une hypothèse où l'exécution est seulement rendue plus difficile et onéreuse ; il n'y a là pour nous qu'une application de la clause *rebus sic stantibus* ; mais nous retiendrons au contraire cette nouvelle restriction apportée à l'exercice du droit de retrait conféré par l'article 1780 du Code civil : le contrat collectif n'est pas assimilé au contrat individuel et il faudra une action en justice pour obtenir d'en être délié (40).

Nous avons donc le droit de dire : au fond, la doctrine de la clause est une doctrine générale, car elle nous permet de rétablir la vérité économique et d'apprécier l'incidence exacte des faits nouveaux sur les situations établies, et notamment sur les privilèges ; dans la forme, elle se réalise par les moyens ordinaires de droit, lesquels sont beaucoup plus imparfaits en droit public qu'en droit privé, à raison du caractère de la puissance souveraine. Et sans doute on doit souhaiter l'organisation de l'arbitrage interna-

(40) M. P. Pic, De la rupture ou de la suspension d'exécution du contrat de travail par l'effet des grèves ouvrières ou des lock-outs patronaux, *Rev. trim. de dr. civ.* (tirage à part, p. 22) dit aussi : « Où est-il dit que, dans les contrats comportant des prestations successives, l'inexécution partielle ou la suspension d'exécution emporte de plein droit extinction du contrat ? C'est le contraire qui est vrai ». L'auteur en tire argument pour décider que la grève ne rompt pas le contrat de travail, alors même qu'elle comporte des revendications nouvelles. V. encore son *Tr. de législ. industr.*, 4^e éd. Paris, 1912, p. 227.

tional pour régler les litiges relatifs aux traités (41); mais dans les cas où la clause défend les droits fondamentaux des Etats, ceux-ci ne consentiront pas à laisser leur vie en suspens. Il en sera ainsi tant que l'Etat sera, suivant le mot de Jellinek (42), la forme d'organisation suprême, et que pour cette raison, il devra être conservé à tout prix. Et même si le développement de la communauté internationale nous ouvrirait des perspectives plus rassurantes pour la sanction des traités, la doctrine de la clause nous rappellerait au respect des fins primordiales du droit : les contrats sont pour les Etats et non les Etats pour les contrats. Le but de l'acte nous en fait toucher les limites, parce que l'évolution ne peut arrêter son cours et que les circonstances changent sans cesse.

(41) V. sur ce point P. Pic, De l'interprétation des traités internationaux, *Rev. gén. de dr. int. public*, XVII, 1910, p. 27 ss., 32.

(42) *die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienne, 1882, p. 102 s. Contra, v. Olivi, loc. cit., p. 608.

CONCLUSION

Nous pouvons maintenant, à la lumière des faits exposés, examiner la valeur de notre hypothèse directrice : la doctrine de la clause *rebus sic stantibus* n'est pas une légitimation de l'arbitraire des princes et de la raison d'Etat. L'erreur généralement répandue à ce sujet tient à ce que, tandis que le triomphe des doctrines économiques et juridiques classiques parvenait à la faire bannir à peu près complètement du droit privé, elle conservait plus aisément son influence en droit public. Mais nous avons expliqué le double motif de cette survivance et ces deux particularités continuent à faire sentir leur action : en droit, avons-nous dit, la personne publique doit user plus souvent de la clause, à raison du caractère plus pressant de l'intérêt public ; en fait, d'autre part, elle peut même parfois en abuser, à cause de l'absence fréquente de juridictions de contrôle. Ces deux caractères se déduisent de l'analyse de la volonté publique, à la fois plus puissante dans ses moyens et moins libre dans ses fins que la volonté privée. Nous ne refusons donc pas, à notre point de vue, une certaine raison d'être à la distinction des contrats de droit privé et des contrats de droit public ; toutefois, si cette

distinction éclaire quelques modalités d'application, elle ne délimite pas la sphère d'influence de la doctrine : la clause *rebus sic stantibus* ne joue pas dans tous les contrats de droit public, et inversement on doit la tenir pour immanente en maint contrat de droit privé : l'élément décisif qui commande son action, c'est le caractère successif du contrat.

Ce caractère successif a été interprété dans le sens de la création contractuelle d'une organisation, d'un état de durée : d'où un mélange hybride de contrat et de statut. Nous ne sommes plus sans doute à une époque où la coutume règle d'avance et invariablement toutes les relations sociales, comme dans les communautés primitives ou les sociétés féodales d'autrefois ; aujourd'hui le jeu des conventions permet des corrections et des accommodations aux situations individuelles : le contrat commande aujourd'hui des organisations économiques et sociales à long terme, que l'ancien droit aurait traitées comme des situations nécessaires, déterminées par des règles imposées. L'avènement de la liberté et de l'égalité civiles a conduit alors les esprits vers un autre absolu : le pouvoir supérieur de création du droit appartient aux volontés autonomes ; le droit n'est plus déterminé par les situations naturelles des personnes et des choses, leurs divers états de fait (*Tatbestände*), mais par des actes (*Handlungen*) qui sont l'expression de volontés libres. Tout l'effort de la technique se concentre autour des actes juridiques (*Rechtsgeschäfte*), où l'on veut voir la forme suprême dans laquelle la volonté privée développe son activité créatrice de droit : tout aboutit donc, en définitive, à une

analyse de cette volonté, qui commande au droit, qui met en mouvement la sanction sociale ; puisque cette volonté poursuit des fins juridiques, on reliera son but au type abstrait de l'opération (causa) ; lui permettre d'invoquer plus tard toutes les circonstances économiques concrètes qui furent seulement ses motifs, ce serait compromettre la sécurité de droit, suprême pensée du système.

Nous ne pouvons donc adopter cette opinion de M. Barsanti (1), qui rapporte l'admission de la clause *rebus sic stantibus* à une application plus exacte de la doctrine de la volonté (Willenstheorie), qu'il met à la base du droit contractuel : la volonté soutient et discipline la vie juridique du rapport créé pour tout le cycle de son existence ; les limites de la volonté coïncident avec celles de l'obligation ; seulement ces limites sont par lui reculées au-delà de celles exprimées dans les clauses de l'acte ; elles vont jusqu'aux présuppositions tacites et aux limites d'ordre naturel qui circonscrivent le cercle de la volonté. Nous avons assez expliqué que, malgré l'antinomie apparente, ce n'est pas la doctrine de la volonté qui autorise l'examen des motifs des contractants, parce qu'elle témoigne d'un haut respect pour le contrat et ne montre que de la défiance pour tout arbitraire du juge. Le droit doit être réglé d'une manière indépendante par l'accord des particuliers, et non par un jugement arbitraire sur la valeur des motifs de leurs décisions, qui équivaldrait à une mise en tutelle de leurs intérêts privés.

Une doctrine nouvelle, désignée sous le nom de

(1) loc. cit., n^{os} 1 et 2.

théorie de la déclaration (Erklärungstheorie) (2), prenant le contrepied de l'ancien système, nous fournit une base mieux assurée. Exiger une intention juridique dans tous les actes si nombreux de la vie quotidienne, n'est-ce pas méconnaître l'objectif le plus naturel des volontés humbles, qui pensent le plus simplement à pourvoir en toute confiance à leur vie, et non pas à obtenir de la contrainte sociale une situation de puissance ? L'homme dans le commerce s'attache à des fins empiriques, il exprime son activité économique dans des déclarations de volonté, et l'influence du but qu'il veut atteindre représente donc la limite de l'efficacité de sa déclaration : celle-ci intervient dans un milieu donné et pour adapter l'acte à son but, il faut maintenir l'accord entre la situation déterminée et le milieu déterminant. Si cette doctrine commande toute la formation de l'acte juridique, il devient aisé de rattacher aux principes généraux l'influence de la clause *rebus sic stantibus* dans les contrats successifs. Le caractère spécial de ces contrats, qui est d'entraîner une prolongation de la formation du lien à travers des états de fait nouveaux, implique la nécessité de transformations en vue d'une adaptation au milieu où ils doivent se développer. Le contrat à long terme détermine toute une série de situations, mais les parties ne peuvent prévoir d'aussi loin tous les changements qui feront un jour de leur convention un anachronisme (3). Eh quoi ! les coutumes, les faits, les relations, les mœurs se modifient ; le con-

(2) Sur cette théorie, v. aussi mon *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, p. 269 ss.

(3) Sur cette impossibilité de prévision, v. E. Gounot, *Th. cit.*, p. 356, n. 1.

trat seul, parce qu'on l'envisage sous un angle abstrait comme l'œuvre de volontés absolues et immuables, échapperait à la désuétude qui atteint toutes choses? Et l'équilibre faussé des prestations ne serait pas rectifié, et la charge s'aggraverait à l'infini pour les parties loyales et ignorantes des *cautèles*? Leur détresse en appelle au juge et douterait d'un droit qui s'abandonnerait à prêter aux « volontés de puissance » un appui aveugle.

Vu :

Lyon, le 20 février 1914,

Le Président de la thèse,

P. PIC.

Vu :

Lyon, le 25 février 1914,

Le Doyen de la Faculté,

L. JOSSERAND.

Vu et permis d'imprimer :

Lyon, le 26 février 1914,

Le Recteur de l'Académie,

JOUBIN.

Grande Imprimerie de Blois, 2, rue Haute.
